

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**A DESESTADUALIZAÇÃO NA BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SEGURANÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA  
PRIVATIZAÇÃO DAS TAREFAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Ricardo César Ferreira Duarte Júnior**

**Orientador: Prof. Doutor. João Pedro Oliveira Miranda**

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade  
de Ciências Jurídico-Políticas.

**LISBOA  
2020**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**A DESESTADUALIZAÇÃO NA BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SEGURANÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA  
PRIVATIZAÇÃO DAS TAREFAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Ricardo César Ferreira Duarte Júnior**

**Orientador: Prof. Dr. João Miranda**

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas.

Júri:

Presidente: Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

Doutora Cristina Maria Machado de Queiroz Leitão, Professora Catedrática

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;

Doutor João Nuno Cruz Matos Calvão da Silva, Professor Auxiliar

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Doutora Maria João Rosário Estorninho Pereira da Silva, Professora Catedrática

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Miguel José Pinto Tavares Moura e Silva, Professor Associado

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor João Pedro Oliveira Miranda, Professor Auxiliar

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador;

Doutor Miguel Chaves Ribeiro Assis Raimundo, Professor Auxiliar

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**LISBOA  
2020**

*"Quanto mais longe for a proteção do Estado contra riscos provenientes da esfera de terceiros mais desprotegido, relativamente ao mesmo Estado, fica aquele que por ele é protegido. Quem espera do Estado que ele responda por tudo, tem igualmente de lhe conceder que ele tudo possa, que tudo lhe seja permitido e que ele tenha tudo que lhe seja informado." (Trecho retirado da obra de Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra Editora: Coimbra, 2007)*

*"Nunca se fala em dever de liberdade!" ...  
"Nunca se pensa na responsabilidade para com a liberdade"... "O cumprimento do dever de construir a liberdade é o único fundamento eficaz e legítimo e que possibilita no mundo a implantação efetiva do direito de liberdade."  
(Eduardo Prado de Mendonça, "A Construção da Liberdade")*

*"Definitivamente, uma existência humanamente valiosa não é possível nem em absoluta liberdade nem na ordem absoluta." Agustin Gordillo ("La Administración Paralela")*

## AGRADECIMENTOS

Se cursar o Doutorado não é fácil, escrever a Tese para a conclusão deste curso é, talvez, o seu momento mais difícil. E, se eu consegui terminar este trabalho, tenho que não foi unicamente por mim. Caso não tivesse uma base familiar forte e crença em Deus e Jesus Cristo, além da nossa protetora maior a Virgem Maria, meu sustentáculo não teria se mantido durante esse lapso temporal. Por isso, faz-se imprescindível constar no agradecimento deste trabalho pessoas fundamentais para que eu pudesse me segurar e manter firme durante essa caminhada. Sei que não conseguirei enumerar todas aqui, mas tentarei, ao menos, pontuar as principais: a minha querida e amada mãe, **Marise**, quem sempre esteve ao meu lado e me deu forças e conselhos para seguir o caminho correto e a vida acadêmica. A minha esposa, **Juliana**, quem tornou-se um pilar indiscutível na minha vida. Se me mantive de pé, tenho a certeza que muito foi pela sua força e apoio. Além disso, durante o decorrer deste processo, tive a felicidade de ter meus dois filhos, **Sofia** e **João Ricardo**, que mesmo sem entender os motivos pelos quais eu não pude estar com eles o quanto eu gostaria, um simples sorriso me faz caminhar adiante. E, hoje, tudo que procuro ser e atingir é pensando neles. A toda a minha família, **pai, irmãos, avós, sogros, tias/tios e sobrinhos**, por me darem a alegria da presença e confiança de que eu sempre posso mais. A todos os amigos que contribuíram direta e indiretamente para a construção deste trabalho, seja com discussões acadêmicas, como **Raphael, Guilherme e Luiz**, seja com aconselhamentos e conversas para que eu mantivesse o foco. Ao meu orientador, **João Miranda**, por estar sempre presente quando precisei, pelos aconselhamentos e disposição nesse período.

No mais, com a certeza da injustiça de não conseguir enumerar todos aqueles que estiveram ao meu lado nesse percurso, tenho a tranquilidade de saber que sou grato a eles, de coração!

## RESUMO

O presente trabalho objetiva realizar uma análise sobre as possibilidades jurídicas da privatização das tarefas públicas, em específico as relacionadas à segurança pública, com vistas à concretização do direito fundamental à segurança. Por um lado, a segurança pública, principalmente o uso da força, é monopólio do Estado, cujo exercício é fundamental para a garantia da soberania estatal, de modo que cabe à Administração Pública a sua concretização através de tarefas públicas. Por outro, a segurança é um direito fundamental de todo cidadão, sendo, ainda, indispensável para o processo do desenvolvimento. Partindo desta dialética, o presente trabalho inicia seu estudo a partir da evolução do papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais, em que se percebe que, com o passar dos anos, o Estado abarcou cada vez mais tarefas para si, sem conseguir concretizar de maneira eficiente. Em virtude disto, aos poucos, o próprio Estado passa a delegar algumas tarefas aos privados, além de que cresce o anseio por proteção mais efetiva em uma sociedade complexa e plural, de forma que os particulares objetivam garantir a sua própria proteção, seja através do uso de armas seja através da contratação de empresas privadas de segurança, as quais passam a atuar na concretização do interesse público da segurança. Se é certo que as empresas privadas não atuam, *a priori*, na segurança pública, percebe-se que, cada vez mais, estas assumem função complementar e subsidiária ao ente estatal. Não obstante isto, entendemos, ainda, que há espaço tanto na polícia administrativa quanto na polícia judiciária – excepcionando-se o uso da força – de delegação estas atividades a sujeitos privados. Da mesma forma ocorre quanto ao sistema penitenciário, em que, classificado como “inferno na terra”, a gestão privada passa a ser uma possibilidade real para a mudança dessa realidade e a efetiva concretização dos direitos fundamentais dos presos. Isto posto, analisamos os espaços em que tais situações ocorrem, o que inclui a debater o regime jurídico aplicado, bem como os limites e possibilidades.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Privatização; Segurança Pública; Função Pública; Administração Pública.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal possibilities of privatization of public tasks, specifically as related to public security, with a view to realizing the fundamental right to security. On the one hand, public security, especially the use of force, is a state's monopoly, whose exercise is essential for the guarantee of state's sovereignty, so that it is up to the Public Administration to implement it through public tasks. On the other hand, security is a fundamental right of every citizen, and is also indispensable for the development process. Starting from this dialectic, the present work begins its study from the evolution of the role of the State in the realization of the fundamental rights, in which it is perceived that, over the years, the State has taken on more and more tasks for itself, without being able to concretize efficiently. Because of this, little by little the State itself delegates some tasks to the private ones, in addition to the desire for more effective protection in a complex and plural society, so that the private individuals aim to guarantee their own protection, either through use of weapons or through the hiring of private security companies, which begin to act in the realization of the public interest of security. While it is true that private companies do not act, a priori, in public security, it is perceived that, increasingly, these assume a complementary and subsidiary function to the state entity. Notwithstanding this, we also understand that there is space in both the administrative police and the judicial police - except for the use of force - to delegate these activities to private individuals. Similarly, in the penitentiary system, in which, classified as "hell on earth", private management becomes a real possibility for the change of this reality and the effective realization of the fundamental rights of prisoners. That said, we analyze the spaces in which such situations occur, which includes debating the legal regime applied, as well as the limits and possibilities.

**Keywords:** Fundamental Rights; Privatization; Public Security; public function; Public administration

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	9
<b>PARTE I – PARTE GERAL: DELIMITAÇÃO DA DESESTATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	16
<b>2 ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	16
2.1 O ESTADO LIBERAL	16
2.2 O ESTADO SOCIAL	24
2.2.1 Breves considerações sobre os direitos sociais	34
2.3 O ESTADO PÓS-SOCIAL	44
2.3.1 A Administração Participativa	53
2.3.2 A Administração Pública dialógica e o direito flexível	58
2.3.3 Os princípios constitucionais legitimadores do Estado Pós-Social	61
2.3.3.1 O princípio democrático	67
2.3.3.1.1 O princípio da participação	68
2.3.3.1.2 O princípio da subsidiariedade	71
2.3.3.2 O princípio da eficiência	76
2.3.3.3 O princípio da prossecução do interesse público	88
2.3.3.4 O princípio do desenvolvimento	91
2.4 A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO	96
<b>3 FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO</b>	101
3.1 A RUPTURA DA DISTINÇÃO CLÁSSICA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO	101
3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO É MONOPÓLIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?	116
3.2.1 O Direito Administrativo e a Administração Pública	116
3.2.1.1 A natureza do Direito Administrativo	118
3.2.2 A função administrativa	124
3.2.3 A Administração Pública e a Organização Administrativa no Direito Positivo Brasileiro	129
3.2.4 A necessidade de reformulação/ampliação do conceito de Administração Pública	134
3.3 O DIREITO ADMINISTRATIVO PRIVADO E O DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO	138
3.3.1 A função pública e a desestadualização da prossecução do interesse público	146

<b>4 A DINÂMICA PRIVATIZADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>153</b>
4.1 AS ORIGENS DA PRIVATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	153
<b>4.1.1 Conceitos de Privatização .....</b>	<b>154</b>
4.1.1.1 Privatização orgânica e privatização funcional .....	158
4.2 O REGIME JURÍDICO DA DELEGAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA AOS PARTICULARES (PRIVATIZAÇÃO ORGÂNICA) .....	163
<b>4.2.1 Condições Constitucionais da Delegação.....</b>	<b>166</b>
<b>4.2.2 Limites à delegação.....</b>	<b>170</b>
4.3 O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO E A FUNÇÃO PÚBLICA EXERCIDA POR PARTICULARES .....	177

## **PARTE II – UMA ANÁLISE DA PRIVATIZAÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA ....201**

<b>5 A ESTRUTURA JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA ...201</b>	<b>201</b>
5.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA SEGURANÇA PÚBLICA.....	201
<b>5.1.1 Segurança pública e a ordem pública .....</b>	<b>207</b>
5.2 A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976.....	220
<b>5.2.1 O Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais .....</b>	<b>220</b>
<b>5.2.2 A fundamentalidade dos direitos fundamentais .....</b>	<b>222</b>
<b>5.2.3 A estrutura normativa dos direitos fundamentais.....</b>	<b>226</b>
5.2.3.1 A tutela subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais .....	226
5.2.3.2 Direitos fundamentais e deveres fundamentais .....	230
5.2.3.3 Direitos fundamentais e tarefas públicas .....	231
5.2.3.4 Direitos fundamentais e poderes administrativos.....	232
<b>5.2.4 A Segurança como Direito Fundamental .....</b>	<b>232</b>
<b>5.2.5 A segurança pública como dever fundamental e responsabilidade de todos .....</b>	<b>246</b>
<b>5.2.6 Segurança Pública, Desenvolvimento e Dignidade Da Pessoa Humana.....</b>	<b>250</b>
5.3 POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA .....	252
<b>6 AS TAREFAS/ATIVIDADES DA SEGURANÇA PÚBLICA E A SEGURANÇA PRIVADA.....</b>	<b>263</b>
6.1 A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA SEGURANÇA PÚBLICA .....	263
6.2 A POLÍCIA ADMINISTRATIVA E A POLÍCIA JUDICIÁRIA .....	269
6.3 A PRIVATIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA .....	272
<b>6.3.1 O monopólio do uso da força pelo estado .....</b>	<b>273</b>



<b>6.3.2 A delegação do poder de polícia a particulares .....</b>	<b>284</b>
<b>6.3.3 A privatização de fato: a prestação deficitária de serviços de segurança pública e a segurança privada .....</b>	<b>303</b>
6.3.3.1 O direito fundamental à autodefesa (legítima defesa) e o Estatuto do Desarmamento	335
<b>6.3.4 A privatização da função pública da polícia administrativa .....</b>	<b>351</b>
<b>6.3.5 A privatização da função pública da polícia judiciária .....</b>	<b>354</b>
<b>6.3.6 A contratação da segurança privada pela (e para) a Administração Pública .....</b>	<b>372</b>
<b>7 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) NO SISTEMA PRISIONAL .....</b>	<b>378</b>
7.1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	378
7.1.1 A situação dos presídios .....	378
7.1.2 Natureza jurídica da execução da pena .....	385
7.1.3 O sistema prisional: serviço público, poder de polícia ou poder disciplinar? .....	386
7.2 A “PRIVATIZAÇÃO” DO SISTEMA PRISIONAL .....	390
7.3 A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NA GESTÃO DE PRESÍDIOS .....	397
7.3.1 As parcerias público-privadas: sentido amplo e estrito .....	398
7.3.2 A concessão comum, patrocinada e administrativa .....	400
7.3.3 A Associação de Proteção e Assistências do Condenado (APAC).....	403
7.4 A GESTÃO PRIVADA DE PRESÍDIOS, O LOBBY E O LUCRO (E INCLUSÃO SOCIAL): DIVERGÊNCIA OU CONGRUÊNCIA? .....	408
7.5 AS PPPS NA GESTÃO DE PRESÍDIOS EM UMA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO.....	423
7.5.1 Nos Estados Unidos da América .....	423
7.5.2 Na Inglaterra.....	424
7.5.3 Na França .....	425
7.5.4 A experiência do Brasil .....	425
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>429</b>
<b>ÍNDICE DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>441</b>
<b>LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>441</b>
Brasil.....	441
Portugal.....	442
Espanha.....	442
Alemanha.....	442
França .....	442
Documentos Internacionais .....	443
<b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>443</b>

Brasil.....	443
Colômbia .....	445
Portugal.....	445
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	446

## 1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado Moderno tem o condão de iniciar uma nova fase na sociedade: a relação imbricada, sob o aspecto político e jurídico-constitucional, entre o Estado, a Administração Pública e os direitos fundamentais. Não obstante a concretização destes direitos serem os objetivos primordiais do ente político, a sua atuação ocorre, principalmente, através da função administrativa do Estado. Não que a função legislativa e jurisdicional não tenha importância para tanto, mas é a função administrativa a responsável, o instrumento indispensável e inafastável para a efetivação daqueles direitos, vez que atua no pragmatismo da realidade, a partir da sua disponibilidade financeira e o politicamente oportuno.

No Estado Liberal, o Estado possui o papel iminentemente negativo, cuja obrigação, no exercício da função administrativa, consiste precipuamente na segurança pública interne e externa, além de garantir os serviços (públicos) de interesse da coletividade, em que a iniciativa privada (sociedade) não tivesse interesse. Ressalta-se aqui o paradoxo presente nessa fase: enquanto os direitos fundamentais serviam como base legitimadora do Estado Liberal, a incidência do regime jurídico administrativo assegurava o autoritarismo presente na nova classe dominante. Isso porque entendia-se haver uma grande ruptura entre a esfera privada e a esfera pública. Na esfera privada, os direitos fundamentais deveriam prevalecer, sem a (forte) presença estatal. Entretanto, na esfera pública, o ente público agia de forma autoritária, através da sua Administração Pública, cujas características principais eram a estrutura centralizada e concentrada, em relação à organização administrativa, e agir através de atos administrativos, cuja elemento “forma” era imprescindível.

Com a evolução para o Estado Social e, por conseguinte, posituação de novos direitos fundamentais, o ente político passa a abarcar novas funções e tarefas. E a administração pública passa a crescer, ampliar, com vistas à concretização desses novos direitos fundamentais.

Nesse sentido, duas tendências podem ser observadas: a socialização e o fortalecimento do Poder Executivo. Se, por um lado, houve o reconhecimento e posituação dos direitos sociais, com vertente coletivista, em detrimento do individualismo do Estado Liberal; por outro, isso ocasionou um aumento das funções estatais, bem como uma maior atuação do Poder Executivo, com fulcro de concretizar esses novos direitos fundamentais. O crescimento

do Executivo não se deu apenas no “efeito concreto” das funções públicas, mas também na normatização, em específico na elaboração de atos normativos, complementares ao Legislativo.

Com essa mudança no modelo de Estado, a Administração Pública, por conseguinte, também irá alterar a sua organização. A Administração hierárquica, centralizada e concentrada inicia o fenômeno da descentralização, com vistas à concretização do interesse público.

A relação jurídica entre o Estado e o cidadão também passa por transformação. Enquanto no Estado Liberal, a Administração Pública era considerada hostil aos direitos dos cidadãos; no Estado Social, ela passa a ser o principal instrumento de concretização dos (novos) direitos fundamentais destes. Saímos de uma posição de sujeição do particular, em relação ao Estado, para uma relação de comunicação e cooperação.

Entretanto, o Estado se mostrou ineficiente na concretização das suas funções. Isto se deu em virtude de diversos fatores, tais como o aparelho burocrático estatal, corrupção, critério político-partidário na tomada de decisões administrativas, e não técnico com vista ao aspecto econômica e social. Aparentemente, quanto maior o Estado, maior a sua complexidade e, de certa forma, mais os seus problemas administrativos ficaram visíveis.

Tudo isso gerou um novo movimento de descentralização do Estado, agora sob novo modelo de Estado, o Pós-Social. Neste, o Estado continua a buscar concretizar as suas finalidades, porém através de outros instrumentos. Não há um retrocesso na busca pela concretização dos direitos fundamentais. A alteração no modelo estatal ocorre sob o instrumento/meio adotado para tanto! Se é certo que os direitos fundamentais devem ser o fim último da atuação estatal, já não se pode dizer que o Estado deve atuar sempre de forma direta na busca pela sua efetivação. Ora, a Administração Pública nada mais é que um instrumento do ente político, e como tanto deve ser vista. Apenas na situação concreta pode-se avaliar qual a forma mais eficiente de concretizar tais direito, seja de forma direta pela administração pública seja de forma indireta.

Nesse sentido, a Administração Pública abre-se à sociedade. É o surgimento de uma Administração mais democrática, em busca da eficiência na efetivação dos seus deveres fundamentais. Por democrática, entende-se aquela administração aberta à sociedade, voltada para o consenso. Se partimos do pressuposto que o Estado tem sua legitimidade pautada para a resolução de litígios, no sentido de possibilitar a paz para a sociedade, é certo que quando a

própria sociedade consegue alcançar, por si própria, a resolução dos seus problema, a figura do Estado não se faz tão necessária quando ocorre na situação inversa.

Por outro lado, essa descentralização da administração, para a permissão de realização de certos serviços pela própria sociedade, torna a Administração menos hierárquica e fechada, e mais horizontal, “diluída” e voltada para o diálogo entre o Estado e o particular.

O princípio da eficiência é basilar nessa nova Administração. O controle e análise da Administração muda o foco do aspecto formal para o aspecto material. A Administração, como aparelho da máquina estatal, deve ter como finalidade a busca pela concretização da finalidade do Estado, dentre eles os direitos fundamentais.

Com o objetivo de satisfazer de forma mais eficiente os seus objetivos constitucionais, há uma tendência no sentido da desestatização da função pública. A sociedade passa a assumir papel primordial e indispensável à concretização do interesse público. A privatização da Administração Pública se faz presente e premente, mas encontra limites nas pilastras da Administração vigente e dúvidas quanto ao regime jurídico a ser observado. Por isso, é fundamental aprofundar o estudo destes novos modelos jurídico, de forma a coaduna-los com os pilares e valores da Administração Pública, de modo a privilegiar a concretização dos direitos fundamentais sem transfigurar princípios basilares do Estado Moderno, como a legalidade, impessoalidade, moralidade dentre outros.

O fenômeno da privatização da Administração Pública pode ser entendido de diversas formas. Ele deve ser entendido como medidas que diminuam a presença do Estado, substituindo pelo privado e/ou por mecanismos privados, especificamente: (a) retirar o monopólio de atividades econômicas; (b) diminuir a intervenção do Estado no domínio econômico; (c) venda de ações de empresas estatais para o setor privado (desnacionalização ou desestatização); (d) a delegação da prestação de serviços públicos; (e) a celebração de colaboração do Estado (contratos ou convênios) com o setor privado para a prestação de tarefas públicas; bem como (f) a utilização do regime jurídico de direito privado por entidades de Direito Público; e (g) a criação de empresas estatais, as quais atuam sob o regime jurídico de direito privado, para atuar em setores e áreas específicas.

Em todas essas hipóteses, a característica linear é a substituição ou transferência de uma esfera eminentemente pública para uma esfera privada, a qual pode se dar em relação à transferência de bens, substituição de mecanismos de direito público por de direito privados ou, ainda, a delegação a entidades privadas de determinadas funções e atividades

Urge observar também que os pilares arraigados do Direito Administrativo clássico oitocentista não conseguem corresponder mais às novas exigências da sociedade e atribuições

assumidas pelo Estado. Há uma nova conjuntura de valores e formas, em que se propugna pela adoção de uma Administração Pública Gerencial, pautado em novas bases, como a eficiência, controle e transparência, em que a relação entre Direito Público e Privado na esfera administrativa passa a transitar em linhas muito tênues: instrumentos tipicamente privados tornam-se comuns à atuação da Administração Pública. Assim, chega-se a questionar inclusive sobre a diluição das fronteiras entre esses dois campos, sobretudo, no que diz respeito à clássica dicotomia entre Direito Público e Privado, bem como a relação entre legalidade, liberdade e eficiência e até que ponto a “fuga para o Direito Privado” pela Administração Pública não representa uma fuga às vinculações do direito público.

Não se pode esquecer que a Administração Pública tem o caráter instrumental na satisfação do interesse público positivado no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, ao estipular os interesses públicos a serem satisfeitos e, por conseguinte, criar deveres ao Estado na prossecução do interesse público, confere à Administração Pública uma discricionariedade de atuação dentro do espaço deixado pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Cabe ao Poder Executivo atuar dentro deste espaço normativo com base nos critérios de conveniência e oportunidade acerca do caso concreto para melhor atender o interesse público.

Nesse sentido, em relação à prestação do exercício de atividades, as parcerias entre o Estado e a iniciativa privada apresentam-se como o caminho a ser seguido, não apenas por demonstrarem, em diversos momentos, eficiência maior do que a prestação direta dos serviços pelo Estado, como também por serem uma concretização do princípio democrático e republicano, o qual convida-se a sociedade a participar da gestão da coisa pública.

Ademais, quanto à função pública, esta só pode ser prestada pelo Estado ou mediante delegação do Estado. Há uma tendência de multiplicação dos modelos de colaboração entre as entidades privadas e o Estado, em face do avanço da consensualidade, que abre novas alternativas mais flexíveis, quanto por motivo de desenvolvimento do conceito de espaço público não estatal, que possibilita a ação coordenada das chamadas entidades intermédias e a interação entre a sociedade e o Estado, de modo a fortalecer a legitimidade e ampliar o controle social. O questionamento, assim, deve ser pautar em quais funções são realmente públicas ou de interesse público, bem como o regime jurídico e os limites à sua privatização e/ou desestatização; bem como, mesmo nas funções eminentemente públicas, se os particulares não podem exercê-las com fulcro na subsidiariedade e complementariedade ao Poder Público, em vistas à concretização do interesse público.

Dessa forma, no presente trabalho, nos propomos a fazer a análise sobre a segurança pública e o direito fundamental à segurança. Se, por um lado, a segurança é direito fundamental

de todo cidadão, positivado no ordenamento jurídico pátrio e internacional; por outro, a segurança pública é, historicamente, monopólio do Estado, cujo exercício é imprescindível, inclusive, para a garantia da soberania estatal.

Nesse sentido, pretendemos discutir, dentro do contexto dos direitos fundamentais e do monopólio do Estado na função pública da segurança, se há espaço para o exercício privado da segurança; quais seriam esses espaços são esses? Sabemos que a segurança privada é uma realidade, mas qual o limite de intervenção da segurança privada quando estamos a falar de manutenção da ordem pública? Há reserva constitucional da segurança pública? Ou é possível a atuação da atividade privada de forma subsidiária e complementar à segurança pública? E quando o Estado é inerte e/ou ineficiente no exercício dessa sua função, pode o cidadão exercer o seu direito de autodefesa?

Todos esses questionamentos devem ser analisados a partir da ideia de desestatização e privatização da Administração Pública, bem como dos direitos fundamentais. A privatização não significa – como muitos pensam – em transferir totalmente esta atividade ao mercado. Muito pelo contrário! A privatização corresponde a qualquer forma de atuação do privado em matéria pública, seja com a terceirização e/ou delegação do exercício de função pública ao agente privado seja na utilização do regime jurídico do direito privado para a realização de tarefas públicas. Podemos, ainda, falar na privatização material, a qual ocorre quando o próprio particular atua em virtude da inércia e/ou ineficiência do Estado na realização destas funções.

Além do mais, faz-se necessário destrinchar quais são as tarefas decorrentes da segurança pública. Normalmente, esta função está associada apenas ao exercício da força. Não obstante este ser o meio mais gravoso de intervenção estatal sobre direitos fundamentais, ela não se resume a isto. Se adotarmos a segurança pública como a “busca pela manutenção da ordem pública”, percebemos que a sua tarefa vai desde a segurança preventiva até a investigação sobre o cometimento do crime, passando pela segurança repressiva. Dentre estas, há diversas atividades inerentes a cada uma delas, como, por exemplo, o monitoramento da cidade, com vista à atuação preventiva da segurança, bem como a realização de exames técnicos e médicos, quando da investigação de um crime.

Ou seja, as questões a serem levantadas partem de um pressuposto central de que o ordenamento jurídico prescreve objetivos a serem buscados e concretizados pelo Estado (interesse público). Contudo, este pode – e deve – buscar o melhor meio para satisfazer as suas obrigações, seja de forma direta seja de forma indireta, dentre um juízo de valor da Administração Pública, dos custos e benefícios do meio adotado para a satisfação das finalidades (interesse público). Não há monopólio do Estado na busca do interesse público nem

dever jurídico imposto ao ente político de buscar de forma direta a concretização desse interesse, salvo nos casos excepcionais. Cabe, portanto, analisar o tamanho e os limites dessa excepcionalidade decorrente da segurança pública.

Nesse sentido, pretendemos analisar a relação entre o Estado, a Administração Pública e os direitos fundamentais, bem como quais mudanças ocorreram com o ente público com positivação de diversos direitos fundamentais e, por conseguinte, o aumento das tarefas públicas. Ademais, buscamos compreender e analisar o fenômeno da privatização na Administração Pública, bem como os processos, mecanismos e limites à privatização, delimitar o regime jurídico a ser observado nesses novos modelos de colaboração, decorrente de fenômeno privatizador. Por fim, em específico à segurança pública, faz-se imprescindível discutir o seu conceito, delimitar suas tarefas e entender qual o contorno a ser dado à ideia de monopólio do Estado. Assim, temos de nos deter sobre os espaços em que o parceiro privado pode realizar os serviços de segurança, bem como quando, como e se a tarefa segurança pública pode, em algum momento, observar o regime jurídico de direito privado.

Nesse conspecto, nos dividimos o presente trabalho em duas partes. A primeira consiste na parte geral do trabalho, em que iremos analisar as bases (e evolução) da relação entre o Estado, Administração Pública e os direitos fundamentais, bem como a relação entre o público e o privado, para, por conseguinte, analisar o fenômeno privatizador da Administração Pública.

No primeiro capítulo, integrante da primeira parte do trabalho, buscamos fazer uma evolução histórica para entender a relação entre a Administração Pública e os direitos fundamentais, bem como a sua forma de atuação. Com isso, partimos do Estado Liberal até chegar ao momento atual, o Estado Pós-Social. Neste, iremos fazer abordar as suas características, princípios e diretrizes apontadas por essa movimentação.

Já no capítulo segundo, buscamos discorrer sobre a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, desde a fase em que havia uma separação estanque, de fácil distinção, até os dias atuais, em que há uma grande aproximação, em que ocorre uma privatização do Direito Público e publicização do Direito Privado. Nesta oportunidade, aproveitamos para lançar as bases da Administração Pública, função pública, organização administrativa, dentre outros conceitos e fenômenos surgidos recentemente e que são indispensáveis para o decorrer da presente tese, como é o caso do Direito Privado Administrativo e o Direito Administrativo Privado.

No capítulo terceiro, propomos a debater especificamente o fenômeno privatizador na Administração Pública. Assim, discorreremos desde o seu conceito até os seus limites e



condicionantes, passando pela separação entre a privatização funcional e a privatização orgânica. Além disto, fazemos a análise de uma questão indispensável para o debate jurídico brasileiro: o princípio do concurso público e o exercício da função pública por particulares, bem como sobre a possibilidade desses entes exercerem o poder de polícia.

Na segunda parte do trabalho, fazemos uma análise específica, voltada para o direito fundamental à segurança e a ideia do monopólio estatal da segurança pública. Dito isto, no capítulo cinco (primeiro capítulo da segunda parte), pretendemos abordar conceitos indispensáveis ao debate, como o próprio conceito de segurança pública e de ordem pública, bem como debater se a segurança pode ser enquadrada como um direito fundamental.

No capítulo sexto, abordamos quais são as tarefas/atividades da segurança pública e a segurança privada. Neste momento, fizemos a delimitação da organização administrativa no quesito de segurança pública. E, posteriormente, passamos a debater questionamentos fundamentais da presente tese, como a questão do monopólio da segurança pública pelo Estado; quais os espaços em que os particulares poderiam exercer a segurança pública e sob quais condições; quais os tipos de privatização podem ser observadas quando particulares exercem a segurança pública; mas, antes disto, discutimos quando e em quais hipóteses o particular pode realizar a tarefa de segurança. Por fim, analisamos a hipótese de delegação de tarefas públicas específicas da polícia administrativa e da polícia judiciária à agentes privados.

No último capítulo, abordamos a possibilidade de o sistema prisional ser gerido pela iniciativa privada, o que nos levou a alguns questionamentos, tais como a constitucionalidade dessa delegação, haja vista o exercício nas penitenciárias de funções públicas exclusivas do Estado. Ou seja, buscamos analisar, sob a ótica da dogmática do Direito Administrativo, a constitucionalidade das Parcerias Público-Privadas (PPP's) no âmbito do sistema prisional. Ou seja, particulares construirão, gerirem e administrarem presídios através de parcerias público-privadas (PPP's), as quais são contratos administrativos de concessão.

## PARTE I – PARTE GERAL: DELIMITAÇÃO DA DESESTATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2 ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

#### 2.1 O ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal surgiu após a queda do Estado Absolutista. Este era caracterizado pela figura do Rei como centro de poder, com a concentração dos Poderes Legislativos, Executivos e Judiciários. A sociedade, no antigo regime, era composta pelo clero (Primeiro Estado), pela nobreza (Segundo Estado) e pela burguesia e plebe<sup>2</sup> (ambos do Terceiro Estado). O Primeiro e o Segundo Estado oprimiam financeiramente o Terceiro Estado, pois os impostos e contribuições cobradas incidiam apenas sobre estes, haja vista a isenção tributária gozada por aqueles e o benefício do tesouro real através de cargos públicos e pensões.

A péssima condição econômica, aliada à sofrível situação social, como a escassez de alimentos, foi a pólvora para o estopim da Revolução Francesa, a qual buscou no pensamento iluminista de Voltaire, Diderot, Montesquieu, John Locke e Immanuel Kant, as bases de sua construção, cujo lema era “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”<sup>3</sup>.

O Estado Absolutista intervia de forma veemente no mercado através de políticas econômicas mercantilistas. A sociedade, cada vez mais racionalista e expansionista e sob a forte influência dos ideais burgueses, não mais aceitava tal intervenção e propugnava por uma

---

<sup>1</sup> As bases desse capítulo já foram largamente discutidas pelo autor em seus respectivos trabalhos DUARTE JR, Ricardo. **A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras**. Revista Jurídica in verbis, Natal, a. 14, n. 26, jul./dez., 2009; \_\_\_\_\_. A legitimidade do Estado Regulador brasileiro: uma análise democrática. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. n. 43. Ano 11. Belo Horizonte: Editora Fórum.. Janeiro/março. 2011; \_\_\_\_\_. As Agências reguladoras e o procedimento normativo. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. Org: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Ari Sundfeld. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; \_\_\_\_\_. As agências reguladoras e a democracia participativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, Vol. 913, novembro, 2011; \_\_\_\_\_. As Agências reguladoras e o procedimento normativo. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. Org: Maria Sylvia Zanella di Pietro e Carlos Ari Sundfeld. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. \_\_\_\_\_. **Agências reguladoras, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

<sup>2</sup> A plebe era composta por camponeses sem terra e os "sans-culottes", do qual faziam parte os proletários, artesãos e aprendizes.

<sup>3</sup> Como sabemos a Revolução Francesa era uma revolução pautada não só no interesse do povo, mas principalmente no interesse da burguesia. O lema inicial era “Liberdade, Igualdade e Propriedade”. No entanto, desta forma, a palavra “propriedade” dificultaria a adesão dos camponeses/plebeus ao seio da Revolução, o que faria com que esta perdesse muito de sua força. Por isso, o lema passou a ser “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, para soar melhor aos interesses da população mais humilde e, por conseguinte, a sua força, a qual era fundamental ao movimento revolucionário.

mudança político-jurídico-social, o que acabara por gerar o rompimento do antigo regime e surgir o Estado Liberal de Direito, em contraponto ao absolutismo estatal do regime anterior.

A Revolução Francesa foi o marco da passagem do Estado Absolutista (Antigo Regime), baseada no feudalismo, para o Estado Moderno, conhecido também como Estado de Direito Democrático-Constitucional, pautado em uma nova concepção de poder e de Direito, o ideal liberal burguês. Assim surge o Estado Liberal, a partir da forte influência do “espírito” capitalista.<sup>4</sup> O poder já não era mais do Rei, mas do povo, sintetizado através das leis – a “vontade geral”. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade, traduzida no direito positivado, é o valor supremo máximo. A ideia presente é a limitação do Estado à ordem jurídica vigente (princípio da legalidade),<sup>5</sup> o que permite assegurar as liberdades individuais, principalmente a liberdade econômica.

O Judiciário e o Executivo eram vistos como contrarrevolucionários, pois se compunham de representantes do antigo regime, do Primeiro e Segundo Estado; enquanto o Legislativo, por representantes da burguesia. Assim, aqueles deveriam estar adstritos à “vontade geral”, ou seja, vontade do povo positivada na Lei.<sup>6</sup> É a “supremacia do Legislativo”<sup>7</sup>.

A legitimidade deixa de ser auferida por critérios transcendentais, como outrora, e passa a ser encontrada dentro do direito constituído (autolegitimação), através do formalismo procedimental de elaboração normativa; mais especificamente, a soberania do povo passa a ser entendida como – praticamente transportada para – a soberania do Direito positivo, tendo a sua base e critério último de validade na (à) Constituição. Esta determina a organização política e legitimação do Estado de Direito Democrático-Constitucional. Com isso, há naturalmente uma rejeição de esquemas organizacionais totalitários, autoritários e autocráticos<sup>8</sup>.

Esse Estado é, em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do Direito em prol da garantia dos direitos dos cidadãos.<sup>9</sup> As instituições

---

<sup>4</sup> Ver FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 1982; \_\_\_\_\_. **Free to choose**: a personal statement. Londres: Penguin books, 1979; HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

<sup>5</sup> Para Jean Jacques Rousseau, a liberdade civil consiste em estar governado por uma lei genérica, fruto da totalidade do corpo soberano, a qual não beneficiaria ninguém. Ou seja, a liberdade civil era encontrada na própria obediência às leis genéricas, consequentemente justas (“mística da lei”). Ver ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultura, 1987. (Os pensadores).

<sup>6</sup> O juiz era visto como a “boca da lei”; a não aplicação desta por aqueles era considerado crime de prevaricação. Se houvesse interpretações judiciais contraditórias de uma lei, o parlamento era chamado a dirimir o conflito, para saber o que eles quisessem exprimir com a norma legal.

<sup>7</sup> Nessa época, as leis prevaleciam, inclusive, sobre a Constituição, pois aquela era vista como a vontade geral mais atual.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 154.

<sup>9</sup> Com a Revolução Francesa e o surgimento do Estado moderno, surgem os direitos fundamentais de 1ª dimensão: liberdade, propriedade e direitos políticos.

como “*rule of law*”, “*due process of law*”, “*Rechtsstaat*”, “*principe de la légalité*” foram a base para as ideias do “governo de leis e não de homens”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder”.<sup>10</sup>

Com o surgimento do Estado Direito e o advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos, de 1787, e da França, 1791, nasce o movimento constitucionalista<sup>11</sup> moderno<sup>12</sup>, pautado na ideia de uma Carta Constitucional com o objetivo de limitar o poder estatal e garantir os direitos dos cidadãos<sup>13</sup>. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 16, entende não existir Constituição nas sociedades “em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes”.

A ascendência desse Estado Moderno, protetor das liberdades individuais – liberdade, propriedade e direitos políticos –, concebe um Estado Mínimo<sup>14</sup>, o qual deverá intervir<sup>15</sup> apenas de forma excepcional na sociedade e na ordem econômica. A economia deveria ser regulada pelas leis do mercado, e não pelas leis estatais (Estado mínimo).

De outra forma, podemos dizer que o nascimento do Estado Liberal se confunde com o próprio surgimento dos direitos fundamentais<sup>16</sup> de primeira dimensão, liberdade, propriedade,

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 160.

<sup>11</sup> A história do mundo ocidental é uma eterna dialética entre a limitação do poder estatal em prol dos direitos dos homens. E essa é a própria ideia de um “movimento constitucional” (ou constitucionalismo).

<sup>12</sup> Todo esse movimento gera a “corrida constitucionalista” na Europa, fortemente influenciada pelos ideais dos contratualistas (Montesquieu, Rousseau e Locke). TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

<sup>13</sup> A ideia da Constituição como forma de limitar o poder estatal e garantir o direito dos cidadãos parte do seu entendimento normativo. No entanto, o constitucionalismo também pode ser entendido na concepção política e na acepção histórico descritiva. Naquela, significa uma técnica de limitação do poder estatal em face dos direitos fundamentais; já na acepção histórico descritiva, consiste em movimento político, social e cultural cujo questionamento incide sobre os esquemas tradicionais de dominação política, objetivando uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 51-52;

<sup>14</sup> Apesar de os defensores do Estado Liberal advogarem a tese de um Estado mínimo, no qual haja a mínima intervenção possível na vida dos particulares, eles entendem que é papel do Estado garantir um mínimo existencial à população para que esta possa se desenvolver por si própria, através do seu mérito. Como exemplo, poderíamos apontar Friedrich Hayek, defensor veemente do Estado mínimo e Liberal, o qual afirma ser papel do Estado garantir uma renda mínima àqueles incapazes de obter, no mercado, o suficiente para sua manutenção. A renda mínima propiciaria o acesso ao mercado e, portanto, a liberdade.

<sup>15</sup> A palavra intervenção denota o sentido de intrometer-se, interpor-se na esfera alheia, de terceiros. Atualmente, entende-se que esse termo não é o mais correto, pois o Estado é inerente à economia, integrando-a; a qual sem ele a própria economia ruiria, em virtude de existir falhas que só podem ser corrigidas com a presença do ente estatal.

<sup>16</sup> Em uma perspectiva inicial, os direitos fundamentais podem ser entendidos como a relação de direitos públicos subjetivos de pessoas (cidadãos e pessoa jurídica) – e coletividade – oponíveis em face do Estado (perspectiva jurídico-subjetiva). Os direitos fundamentais objetivam conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, “em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, consequentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”. Ou seja, aquilo que para o cidadão constitui um direito, para o Estado constitui uma obrigação. Além disto, os direitos fundamentais podem ser entendidos como formal e materialmente constitucional. Os direitos formalmente constitucionais são aqueles que são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional (normas que têm a forma constitucional). Por outro lado, os direitos fundamentais materialmente constitucionais são aqueles que apesar de não estarem formalmente na constituição, são reconhecidos e protegidos como direitos fundamentais através dos princípios, da própria concepção de

direitos políticos e igualdade formal, bem como possui como princípios fundamentais a garantia dos cidadãos, a legalidade e a divisão dos poderes. Lembre-se que o Estado Liberal é uma resposta ao Estado Absolutista, em que as liberdades e propriedades eram suprimidas, sem a observância de um devido processo legal e/ou garantias legais e constitucionais.

Nesse sentido, a lei passa a exercer função primordial no ordenamento jurídico, como garantia fundamental do cidadão.<sup>17</sup> O princípio da legalidade, presente no art. 5º, inc. II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), é uma garantia do cidadão contra o abuso do poder estatal. Por ele, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou, sob outro ponto de vista, à Administração Pública (sentido amplo) só é possível atuar onde houver prévia previsão legal, e dentro dos limites legais.<sup>18</sup>

---

Constituição dominante, da ideia de direito, do sentimento jurídico coletivo, ou seja, através do sentido da Constituição material do Estado. Segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, os direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV (Direitos Fundamentais). 4ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 9. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>17</sup> As garantias fundamentais (ou garantias clássicas) não se confundem com os direitos fundamentais, pois enquanto estes consistem na própria finalidade do Direito, aquelas são apenas instrumentos, meios de proteção dos direitos. Embora as garantias possuam o caráter instrumental de proteção dos direitos fundamentais, elas também são direitos do cidadão (direito-garantia). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396. Nesse sentido, o Título II da Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe acerca “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Conforme Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 518), “as garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado.” José Afonso da Silva classifica as garantias constitucionais em: (a) garantias gerais: elas formam a estrutura que permitem a existência dos direitos fundamentais, bem como formam a estrutura de uma sociedade democrática e contribui para a concepção do Estado Democrático de Direito. Elas são “destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar de condições econômico-sociais, culturais e políticas” que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 188.) (b) e as garantias constitucionais: que consiste na própria tutela constitucional dos direitos fundamentais, através das suas instituições, determinações e procedimentos, para os casos de inobservância e de “reintegração”. Elas dividem-se em: (b.I) garantias constitucionais gerais: proíbem abusos de poder e todas as formas de violação, através dos mecanismos de freio e contrapesos dos poderes, tais como a legalidade (art. 5, II, CF/88) e o devido processo legal (art. 5, LIV, CF/88); e (b.II) as garantias constitucionais específicas: “são prescrições constitucionais estatuidas técnicas de mecanismos, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial”. Notadamente, elas atuam como meio de defesa do cidadão quando um direito fundamental ou uma garantia constitucional geral é transgredida, tais como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o habeas data (art. 5º, LXXII, CF). (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 188-189.)

<sup>18</sup> Eros Grau afirma sobre a garantia da legalidade que a “liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão somente a sujeição ao princípio da legalidade em termos absolutos – e não, meramente, ao princípio da legalidade em termos relativos (art. 5º, inc. II) – da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica. Em nada, pois, fortalece ou robustece o princípio da livre iniciativa em sua feição de liberdade de iniciativa econômica”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.

O mercado deve se desenvolver sem a interferência do Estado, cuja atuação limita-se aos serviços desinteressantes à iniciativa privada e a garantir a *segurança* interna e externa.<sup>19</sup> O fundamento do liberalismo é a liberdade individual, encontrada no setor econômico principalmente na livre iniciativa e na competição entre os agentes econômicos, com o objetivo de regular o próprio mercado (a mão invisível de Adam Smith). Por outro lado, a segurança interna e externa ficava a cargo do ente político, vez que essa tarefa consiste na própria expressão da soberania estatal.

Para os liberais, a liberdade é essencial ao homem na sua dignidade, pois imprimiria a esse o destino da sua vida, sendo expressão do seu mérito/capacidade. E só assim, através da liberdade dos indivíduos – da qual dependia da limitação do poder estatal - e da sua livre atuação no mercado, seria alcançado a justiça social e o máximo desenvolvimento das faculdades individuais.

Nessa fase, há uma separação absoluta entre o direito público e o direito privado, de modo que a atividade econômica e social diz respeito à esfera privada, predominando a autonomia privada. Isso porque o mercado é entendido como uma barreira ao Estado, uma zona livre de intervenção e, portanto, um critério visível da liberdade individual.

Não obstante os ideais do Estado Liberal, cujo objetivo era a limitação do poder estatal, principalmente o Executivo, a sua Administração Pública conserva a vertente autoritária do antigo regime.<sup>20</sup> Conforme ensina Vasco Manuel,<sup>21</sup>

O Estado liberal instaurado pela Revolução francesa (...) vai-se manifestar num compromisso histórico entre a vertente liberal, que encontra realização ao nível do poder político, através da consagração dos princípios da separação de poderes (com excepção do que respeita ao contencioso administrativo) e da garantia dos direitos individuais, e a vertente autoritária, que se realiza ao nível do poder administrativo, mediante a criação de um “estatuto especial” (de actuação e de controlo) para a Administração.

Apesar da vertente protetora dos direitos fundamentais, os quais serviram de base para a formação do Estado Liberal, o regime jurídico administrativo garantia o autoritarismo para a nova classe dominante. Esse paradoxo acaba por gerar uma tensão entre os princípios basilares do novo modelo de ente político e os interesses dos novos titulares do poder.<sup>22</sup> Por isso, não se

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 23.

<sup>20</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 38 e ss.

<sup>21</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 38.

<sup>22</sup> Vasco Manoel afirma que “de acordo com a ideologia do liberalismo político, que considerava a separação entre a sociedade e o Estado como garantia da liberdade individual, a Administração era vista como uma entidade

pode dizer que houve uma ruptura total com o antigo regime em virtude da Revolução Francesa. O autoritarismo continuou a vigorar, agora sob novas vestes e através da Administração Pública surgida com o Estado Liberal.

Esse novo modelo de Administração Pública é caracterizado pela (a) estrutura concentrada e centralizada, em relação à sua organização; e (b) por agir através de atos administrativos, em relação à sua forma.<sup>23</sup>

A organização administrativa se estrutura como uma pirâmide, de forma unificada e hierarquizada, de modo a distribuir competência dentre os diversos órgãos, mas sem que o “topo” perca o seu poder. Essa sistematização possibilita uma Administração racional e eficiente, que possibilita a implementação do programa político e instauração da ordem política e econômica do modelo liberal. Conforme Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira Silva,<sup>24</sup>

Com efeito, a burguesia necessitava de uma estrutura administrativa racional e centralizada, que permitisse eliminar as disparidades locais e conseguir a formação de um mercado nacional, bem como eliminar os perturbadores entraves feudais; e também precisava de uma Administração robusta e enérgica, que procedesse à criação das infraestruturas e serviços necessários para potenciar a atividade econômica (estradas, canais, caminhos-de-ferro, educação) e que permitisse a instauração de uma ordem pública vigorosa.

Por sua vez, Otto Mayer<sup>25</sup> afirma que o ato administrativo é a

Manifestação da Administração autoritária que determina o direito aplicável aos súditos no caso concreto. Muito disso é percebido quando do ensinamento de Diogo Freitas do Amaral de que o ato administrativo nasce de duas fases distintas: primeiro, como garantia da Administração Pública; e só depois passa a servir como garantia dos particulares.

A atuação da Administração Pública se dava (quase exclusivamente) através do ato administrativo. Este é visto como a manifestação autoritária do poder estatal sob um determinado particular. Ou seja, o ato administrativo é concebido para uma Administração autoritária, agressiva aos particulares. Assim, o ato administrativo passa a buscar a (a) conciliar a vertente autoritária decorrente do exercício do poder estatal, assegurando (b) a garantia dos

---

agressiva, cuja intervenção era potencialmente lesiva dos direitos dos cidadãos.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 42-43.

<sup>23</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 39.

<sup>24</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 41

<sup>25</sup> MAYER, Otto. **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 60-61. (Volume III).

cidadãos, através do princípio da legalidade, de forma a atender, de certo modo, o modelo inerente ao Estado Liberal.<sup>26</sup>

Conforme ensina Vasco Pereira da Silva<sup>27</sup>

No Estado Liberal, o conceito de acto administrativo que emerge do contencioso administrativo apresenta, portanto, uma “função dupla” (...). Por um lado, ele é visto como um ‘privilegio da Administração’, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um acto unilateral cujos efeitos são susceptíveis de ser impostos aos particulares por via coactiva. Por outro lado, ele constitui um instrumento de garantia dos particulares, na medida que abre a via de acesso à Justiça, permitindo a defesa dos privados relativamente às actuações administrativas lesivas dos seus direitos. Assim, a noção de acto administrativo do Estado Liberal (à semelhança, aliás, do próprio contencioso, que funcionou como o seu berço) apresenta-se, simultaneamente, como manifestação do poder administrativo e instrumento de garantia dos particulares.

Não podemos deixar de observar que o núcleo central do ato administrativo é a legalidade e a proteção individual. A lei tinha por objetivo delimitar a relação do Estado com a sociedade de forma geral e abstrata,<sup>28</sup> com o objetivo de definir limites aos direitos individuais em face do “interesse geral” (supremacia do interesse público sobre o privado) e, por outro lado, ela também estruturava a atuação administrativa.<sup>29</sup>

A lei, portanto, é vista pela dogmática jurídica como o principal instrumento de garantia dos cidadãos. Ela estabelecia um espaço limitativo à atuação administrativa (princípio da reserva da lei), vez que Estado e sociedade são espaços distantes e que não convergem. O paradoxo entre a administração arbitrária e os direitos fundamentais dos cidadãos/súditos encontra lugar em virtude de que em certas situações de dependência do poder público (por exemplo, funcionários públicos, presos, estudantes de estabelecimentos públicos etc.) – relação especial de poder - os particulares eram “integrados ao domínio interno” da Administração.

Esta situação é subtraída dos direitos fundamentais, de modo a não incidir a reserva de lei e a proteção jurisdicional. Há uma verdadeira atuação administrativa “à margem da lei”.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40.

<sup>27</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 46.

<sup>28</sup> Com o surgimento do Estado Moderno, a lei, expressão da “vontade geral”, passa a ser considerada como a expressão da justiça e racionalidade na sociedade (progresso). O Poder Legislativo – poder em que se encontravam os representantes do povo -, ao legislar, transferiria para a norma jurídica todas as diversas situações possíveis na sociedade, o qual abarcaria a complexidade social (racionalidade/progresso), assim como, por representarem o próprio povo, não se concebia que pudesse buscar interesses outros que não fossem o da coletividade e o interesse público (justiça).

<sup>29</sup> No Estado Liberal, concebe-se uma enorme separação entre o Estado e a sociedade, de modo que aquele não deveria intervir nesta ou intervindo o mínimo possível.

<sup>30</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 60.



Isto porque a doutrina clássica diferenciava a relação geral de poder, em que estão os indivíduos da sociedade perante a Administração Pública, e a relação especial de poder, em que há uma relação específica e pré-fixada entre o cidadão/súdito e a Administração.

Ademais, a crença na lei, como instrumento de justiça e racionalidade, levou a uma desvalorização do instituto dos direitos subjetivos pela dogmática jurídico-administrativo do Estado de Direito. A ideia de que a vontade Estatal é impessoal, objetiva e formal, fez desaparecer a figura do direito subjetivo no direito público; devendo, pois, existir apenas no direito privado, entre os particulares, e, mesmo assim, sob a vontade estatal através da lei. Vasco Pereira da Silva<sup>31</sup> afirma que, apesar de os direitos fundamentais consistirem em uma exceção à desvalorização dos direitos subjetivos nas relações jurídicos públicas, estes eram totalmente esquecidos quando estivesse em jogo a atuação da Administração Pública. *In verbis*:

Manifestação do compromisso entre uma vertente liberal ao nível da organização do poder político e uma vertente autoritária do domínio do poder administrativo, que estava na matriz do modelo de Estado Liberal, os direitos do Homem e do Cidadão eram objeto de enumeração e de consagração constitucional, mas eram totalmente esquecidos quando estava em causa a actuação da Administração Pública. Algo paradoxalmente, os direitos fundamentais, que tinham sido construídos para evitar as agressões da Administração na esfera privada, delimitando um espaço livre da intervenção administrativa, eram totalmente inoperantes em todas aquelas circunstâncias em que a Administração não estava impedida a actuar.

Nesse sentido, o modelo de Administração Pública no Estado Liberal é o de Administração-poder. A Administração atua com poder de império, principalmente através do poder de polícia, aplicando e executando as leis de forma unilateral (ordem, proibição, autorização, concessão, permissão, sanção), passível de execução forçosa.

Em relação à busca pela justiça social através do mercado, as complexidades do novo mundo geraram novas demandas, sociais, políticas e jurídicas. O modelo capitalista apresentou falhas, de modo que passou a suscitar a intervenção do Estado com a finalidade de corrigir tais distorções económicas e sociais criadas por esse regime económico. Ou seja, em virtude das falhas geradas por um mercado, tanto no aspecto económico quanto social, defendido pelo Estado liberal, passa-se a admitir – inclusive nos países de grande tradição liberal –, o Estado como essencial à economia, à sociedade e ao mercado.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 50. O autor afirma que “o compromisso entre uma noção liberal de poder político e uma noção autoritária de Administração era dogmaticamente traduzido pelo reconhecimento de direitos políticos e civis, valendo contra o poder político e nas relações inter-privadas, mas simultaneamente pela negação da existência de direitos subjetivos nas relações entre os particulares e o poder administrativo”

<sup>32</sup> Fabio Nusdeo aponta as seguintes falhas: a) inexistência de mobilidade dos fatores; b) as informações relevantes apresentam falha em seu acesso; c) concentração económica; d) externalidades negativas e positivas e a

Por outro lado, a liberdade contratual nas relações de trabalho e, por conseguinte, a exploração da classe trabalhadora, gerou uma grave crise social. Movimentos sociais de operários surgiram por todo o mundo ocidental no início do século XX<sup>33</sup>, e cada vez mais correntes contrárias ao liberalismo ganhava força.

Essas novas doutrinas surgem como forma de solucionar as crises e falhas decorrentes do regime capitalista liberal e reduzir os anseios sociais provocados até então. Para isso, passa-se a defender o modelo de Estado intervencionista como imprescindível para a evolução da sociedade e da economia.

Nesse contexto, podemos apontar como causas para o declínio do Estado Liberal e, por conseguinte, como fatos geradores do nascimento do Estado Intervencionista Social: a crise do modelo liberal atomista do século XIX, as crises econômicas, principalmente as crises pós I Guerra Mundial e do *Crash* das Bolsas de Nova Iorque em 1929; as crises bélicas, a quebra de princípios democráticos e o individualismo excessivo provocado pelo Estado Liberal eminentemente capitalista<sup>34</sup> (que acabaram por gerar uma profunda desigualdade social)<sup>35</sup>; o agravamento da questão social em razão da concentração empresarial (relações de trabalho); o posicionamento da Igreja Católica a favor dos trabalhadores (Encíclica *Rerum Novarum* – 1891 – *Papa Leão XIII*) e as concepções econômicas Keynesianas. A concentração populacional nos centros urbanos também foi fator decisivo para que se fosse pensado um novo modelo de Estado que oferecesse uma maior proteção à sociedade<sup>36</sup>. No entanto, sua consolidação só ocorreu após a Segunda Guerra Mundial.

## 2.2 O ESTADO SOCIAL

---

impossibilidade do entre que a produz internalizar; e) a produção dos bens coletivos não possui incentivo. NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 139 e ss.

<sup>33</sup> O dia das mulheres surgiu em decorrência de um grupo de mulheres terem sido queimadas vivas nos Estados Unidos após uma série de reivindicações por melhores condições de trabalhos, dentre outros direitos trabalhistas.

<sup>34</sup> O Estado Liberal tem um comportamento negativo em relação sua atuação na sociedade; enquanto o Estado de Bem-Estar Social é pautado em um comportamento positivo. AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91.

<sup>35</sup> Paulo Bonavides afirma que o domínio econômico colocou os mais fracos a mercê dos poderosos, na primeira fase da Revolução Industrial. O autor afirma que nesse período evidencia-se, “com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 59.

<sup>36</sup> MENDONÇA, Fabiano. **Agências Reguladoras: A Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional Brasileira**. Natal, 2015.

O Estado Social<sup>37</sup> (*Welfare State*) nasce com o intuito de proteger e concretizar os direitos sociais (direitos de segunda geração), cuja diretriz é a busca pela igualdade material. É para defender esses interesses que o Estado atua como interventor na economia e nas áreas sociais, recebendo o nome de Estado Providência e/ou de Bem-Estar social.

Maria João Estorninho afirma que no “Estado Social, os fins do Estado colocados a cargo da Administração Pública estão essencialmente relacionados com as necessidades coletivas de segurança, de bem-estar económico e social e cultural.”<sup>38</sup>

Santamaría Pastor afirma que o Estado Social vai passar por três fases, em um processo de evolução e fortalecimento.

(a) A primeira fase é a da forte intervenção estatal sobre as relações laborais. Neste momento,

o Estado assume a tarefa de intervir autoritariamente no domínio das relações de trabalho, enfrentando as desastrosas consequências que para a classe operária tinham sido a industrialização, a liberdade contratual e o crescimento urbano<sup>39</sup>

(b) a segunda fase consiste na intervenção generalizada do Estado no funcionamento da economia. O ente político assume tarefas produtivas, com o objetivo de orientar e regular a economia. Na 1ª e a 2ª Guerra Mundial, foi exigido grande mobilização de recursos públicos, de modo ao Estado chamar para si essas tarefas;<sup>40</sup>

(c) a terceira fase ocorre no pós 2ª Guerra Mundial. É o ápice do Estado Social. De acordo com Santamaría Pastor,

em contraposição ao Estado Liberal, estrutura limitada cujo fim básico consistia na realização do direito – em termos puramente kantianos – o Estado Social apresenta-se antes como um aparelho prestador.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Ver a tese de doutorado de Paulo Bonavides “Do Estado Liberal ao Estado social”, de 1958. Ele tomou por ponto de partida e de apoio o novo direito constitucional positivo da Alemanha, ou seja, o “Estado Social” da Carta de Bonn de 1949. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 355.

<sup>38</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 37.

<sup>39</sup> PASTOR, Santamaría. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 160-161. (Volume I).

<sup>40</sup> PASTOR, Santamaría. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 161. (Volume I).

<sup>41</sup> PASTOR, Santamaría. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 163. (Volume I).

Com o advento desse modelo de Estado foram observadas duas tendências mundiais: a socialização e o fortalecimento do Executivo<sup>42</sup>. Este se deu em razão da crescente complexidade das funções estatais (referente ao volume de atribuições assumidas pelo Estado e, por conseguinte, pela Administração Pública) e sua consequente burocracia, e do lento processo legislativo, o que fez o Executivo - que atua de forma mais ágil – assumir, em certos casos, o papel de legislador. O Executivo começa a atuar na expedição de atos normativos, com a adoção, em muitos casos, da técnica da deslegalização<sup>43</sup>, e a atuar não mais como um mero executor do Legislativo. Dessa forma, o Executivo passa a complementar a competência da ação legislativa; o que ocasiona a crise do princípio da legalidade da administração pública (crise da lei).

Ora, na medida em que a sociedade cresce e se torna mais complexa, o Poder Legislativo se vê inerte na sua atuação e passa a delegar ao Executivo diversas funções<sup>44</sup>. O Estado passa a assumir diversas funções e o parlamento<sup>45</sup>, visto como um Poder lento e político - características incompatíveis para concretizar as novas funções estatais, as quais exigem rapidez e tecnicidade – abrindo espaço para a expansão do Poder Executivo<sup>46</sup>. Assim, esse poder – que possui atuação mais ágil e técnica – assume, em certos casos, a expedição de atos normativos, complementando a ação legislativa, e deixa de ser apenas o mero executor do Legislativo<sup>47</sup>.

Para Jacques Chevallier, a ascensão do Executivo se deve ao declínio de duas das três principais funções do Legislativo (as quais garantiam a sua supremacia institucional): a) a elaboração da lei: a sua elaboração é deslocada para o Executivo, através das delegações legislativas e de regulamentos autônomos, assim como ele passa a desempenhar um importante

---

<sup>42</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30.

<sup>43</sup> Para uma abordagem mais detida sobre o instituto da deslegalização, ver: DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 26, jul./dez., 2009.

<sup>44</sup> Observa-se que esse movimento de delegação de funções do Poder Legislativo para o Poder Executivo não é algo novo: iniciou-se na primeira metade do século passado; no cenário brasileiro, mais especificamente na década de 30, com o modelo desenvolvimentista de Vargas e a criação de burocracias especializadas para regular alguns setores da economia.

<sup>45</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma, também, que com a complexidade e fragmentação social, o processo legislativo se mostra ineficaz em acompanhar essas mudanças, “em uma legislação que definisse e atendessem equanimemente o que seriam interesses realmente gerais” e passa a priorizar o jogo de poder político entre os partidos. Dessa forma, apesar da legalidade (legitimação formal), há uma perda da legitimação democrática material. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 51.

<sup>46</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 214-218.

<sup>47</sup> Como já foi abordado nos capítulos anteriores, o Executivo passa a ser o responsável por dirimir problemas políticos e realizar o controle jurídico das decisões. O princípio da separação dos poderes passa a ser visto apenas em seu aspecto formal e com a finalidade de organizar o consenso, reduzir a instabilidade e gerar lealdade.

papel na sua elaboração e iniciativa; b) votação dos orçamentos: a definição do orçamento, meio necessário para a implementação de políticas públicas, migrou para a incumbência exclusiva do Executivo, sem a possibilidade de questionamento do parlamento, em face de constituir um equilíbrio orçamentário complexo; c) o controle dos governantes, o que entendemos que o fisiologismo político fez com que esta característica perde-se muito de sua força. Na opinião do autor, 2 (duas) foram as causas do enfraquecimento do Legislativo no exercício da sua função: a) razões técnicas: *a ampliação da complexidade das tarefas do Estado*; b) política: a crise democrática, favorecendo a “personalização do poder”. O autor afirma, ainda, que assim o Executivo se torna o polo do poder, o qual gera consequências: “o Executivo tornou-se nas sociedades contemporâneas o centro de impulso político, o único capaz de conceber e colocar em andamento uma estratégia coerente”. No entanto, o Parlamento ainda continua a ser o lugar de debate e de confrontação política, indispensável ao regime democrático.

No entanto, isso acaba por gerar diversos questionamentos na doutrina, haja vista que o modelo jurídico estatal era voltado para um Estado Liberal e com poucas competências – atuação negativa do Estado. E com a ascensão do Poder Executivo na consecução das suas tarefas e na busca do interesse público, o próprio conceito de separação dos poderes e princípio da legalidade é questionado.<sup>48</sup> Além disto, tal situação acabou por gerar uma natural descentralização do Estado, em vistas de concretizar as novas funções assumidas.

O direito moderno, o qual “surgiu” sobre as bases da justiça e do progresso, com autonomia perante instâncias externas, encontra na lei a característica da sistematicidade, generalidade e estabilidade<sup>49</sup>. Contudo, a complexidade social e necessidade de uma normatização técnica exige uma inflação legislativa – e, por conseguinte, administrativa –, o que tornou mais indeterminado os contornos do sistema jurídico e comprometeu a sua coesão e as suas bases<sup>50</sup>. Assim, ele passa a apresentar uma crise da legalidade, tanto em virtude da

---

<sup>48</sup> Paulo Todescan de Lessa Mattos afirma que, desde de a década de 1930 do século passado, iniciou-se a discussão acerca da delegação legislativa e do poder regulamentar no Brasil. A base da discussão é criação de burocracias especializadas no Poder Executivo para regular setores econômicos no modelo de desenvolvimento de Vargas, com a formação do Estado regulador. E que, desde dessa época, surgiu a discussão acerca do princípio da separação dos poderes, tal como concebido no Estado Liberal, e a questão da delegação legislativa e ampliação das funções do Executivo, a qual ampliava-se, também, o poder discricionário da administração pública. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 169-195, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33298>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

<sup>49</sup> Ver CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 121 e ss.

<sup>50</sup> José Nilo de Castro acrescenta a inacessibilidade das leis à sociedade em geral em virtude da sua falta de clareza e precisão. CASTRO, José Nilo de. Princípio constitucional da legalidade. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 8, n. 24, p. 11-19, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/5610/PDIexibpdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

crise da racionalidade jurídica quanto da crise democrática. Para Eduardo García de Enterría, a inflação legislativa é o fenômeno mais grave a causar a crise da lei, em face de atingir especificamente a segurança jurídica<sup>51</sup>.

A decadência do Legislativo e crescimento do Executivo e ampliação do poder do Judiciário vêm causar uma complexa (des)ordem jurídica, na qual a hierarquia clássica das normas passa a ser vista em “hierarquias entrelaçadas”; isso sem falar nas competências concorrentes e objetos jurídicos indeterminados.

Para abarcar a realidade, a regra se torna mais precisa e detalhada, ou seja, mais pontuais e particularistas, atuando mais como textos especiais com conteúdo técnico. E, por conseguinte, essa proliferação de diplomas legislativos afeta a própria generalidade e universalidade das regras. Chevallier afirma que a produção do direito

Parece menos regida por uma lógica dedutiva, atuante por via de crescente concretização, do que resultar de iniciativas desordenadas, adotadas por múltiplos atores e cuja harmonização é problemática.<sup>52</sup>

O autor complementa afirmando que o Estado, ao descer para interagir com a sociedade, perde o privilégio da transcendência e da presunção de racionalidade. E, assim, a legitimidade não é mais auferida de pleno direito, através da instrumentalização do meio a serviço do Estado, mas depende da eficiência da atuação estatal, sendo esta uma condição e garantia da legitimidade.<sup>53</sup>

Quanto ao fortalecimento do Executivo, este decorre das novas funções assumidas como públicas pelo Estado. Ao sair do Estado liberal, cuja atuação estatal é mais passiva, e passar ao Estado Social, diversos objetivos passam a ser entendidos como finalidades a serem concretizadas pelo Estado. E nessa busca pela concretização dessas finalidades, especificamente direitos sociais, cresce as competências abarcadas pela Administração Pública. Por isso, Vasco Pereira da Silva afirma que a passagem para o Estado Social implica em duas

---

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41. Conforme ensina o autor, a segurança jurídica foi uma das razões da autonomia do sistema jurídico, pois garantiria a estabilidade das leis e, por conseguinte, a estabilidade das relações sociais.

<sup>52</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 122. Na tentativa de acompanhar a realidade, percebe-se que o processo legislativo não é rápido o suficiente nem o meio mais adequado para acompanhar certas demandas sociais e econômicas decorrentes, principalmente, de problemas de natureza técnica. Dessa forma, o Poder Legislativo começa a diferenciar as matérias de natureza técnica e as de natureza política, mantendo estas e delegando a normatização daquelas aos órgãos, públicos e privados, mais preparados, tanto em seu aspecto técnico quanto temporal. ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289-290.

<sup>53</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 122.

grandes transformações nas funções estatais. Enquanto o Estado assume efetivamente o papel prestacional, acaba por tomar para si cada vez mais tarefas, tanto no setor econômico quanto social, de modo a proliferar as leis e o controle sobre tais matérias. E as tarefas tradicionais do Estado, como a segurança, sofre um forte incremento, em virtude das transformações técnicas bem sucedidas.<sup>54</sup>

Por sua vez, Maria João Estorninho<sup>55</sup> afirma que

Se o Estado Liberal do século XIX, vocacionado apenas para a supervisão dos acontecimentos sociais, podia cumprir os seus fins administrativos praticamente através de uma intervenção pontual e esporádica da Administração, o Estado Social, empenhado na satisfação das necessidades sociais, viu-se necessariamente obrigado a alargar as relações entre a Administração Pública e o cidadão. Na realidade, a dependência do cidadão em relação à Administração passa a ser <<mais intensa, mais duradoura e mais ampla>>, de tal forma que, ao contrário do que se passava no sistema liberal, deixa de ser possível conceber o Estado e a sociedade como autónomos entre si e dotados de ordenamento jurídicos antagónicos e distintos. Todas estas transformações vão inevitavelmente provocar grandes alterações ao nível da atividade da Administração Pública. Este novo modelo de Estado exige, desde logo, uma actuação administrativa <<mais eficaz, mais autónoma e, simultaneamente, com maiores possibilidades de ser controlada>>.

Quanto à socialização, esta se caracteriza pela busca do interesse social, em substituição ao individualismo preponderante no Estado Liberal. Como visto, essa feição do Estado preocupa-se principalmente com o interesse social, na busca de uma igualdade material (substancial), e não em uma igualdade formal (eminente no modelo de Estado anterior).<sup>56</sup>

Cresce no Estado de Bem-Estar Social, de maneira sem precedentes, o número de serviços públicos e de prestações sociais. A qualidade de vida do cidadão eleva-se radicalmente<sup>57</sup>, como nunca antes na história, assim como a sua expectativa de vida e o aumento

<sup>54</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 73. O autor completa afirmando que “assumindo novas funções de carácter económico e social e garantindo o bem-estar dos indivíduos, o Estado surge como uma espécie de ‘divindade laica’, qual sucedâneo terreno da protecção divina.” p. 74.

<sup>55</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39.

<sup>56</sup> O filósofo alemão Humboldt observa que os valores da liberdade e da igualdade (material) são antagónicos: não há como alcançar um sem reduzir severamente o outro. Em um Estado Democrático de Direito, só há como coexistir ambos os valores quando observarmos a igualdade dentro da liberdade, seja através da igualdade formal ou através da igualdade de oportunidades. HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Los Limites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>57</sup> Qualidade de vida aqui está colocada como benefícios em relação à sociedade, como saneamento, educação, assistência, previdência, dentre outros que eram assegurados aos cidadãos. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18.

populacional; fato este não levado em conta pelos Estados, o que ocasionou, dentre outros motivos, um déficit nas contas previdenciárias e, por conseguinte, o déficit público<sup>58</sup>.

Isso porque, com o Estado Social, há a descentralização e desconcentração da Administração Pública. Ao assumir diversas funções e tarefas, faz-se necessário criar órgãos ou entidades com o objetivo de concretizar os novos objetivos delineados pelo Estado Democrático de Direito, de forma a partilhar internamente competências decisórias e distribuir poder entre entidades distintas. Há, portanto, um crescimento da máquina pública, observável com a criação de órgãos e de entidades descentralizadas para atuar em áreas específicas.<sup>59</sup>

Nessa seara, o Estado Social passa a ser um “Estado de Administração”.<sup>60</sup> A atividade administrativa passa a assumir importância fundamental, vez que tem por objetivo a concretização do bem-estar social, positivado no ordenamento jurídico como direito fundamental.

A mudança do modelo estatal implica em uma nova concepção de Estado. Se no Estado Liberal, a Administração Pública era considerada agressiva aos direitos dos particulares, agora ela passa a principal ator na concretização do bem estar coletivo e individual, em virtude das novas funções assumidas. Com esse novo formato, a relação clássica entre Estado e

---

<sup>58</sup> Ricardo Antonio Lucas de Camargo afirma que “se costuma vincular o déficit público ao programa desenvolvimentista do Governo de Kubistschek, por conta da elevação dos gastos públicos com infra-estrutura e apoio aos investimentos privados, sem que existisse um esquema adequado de financiamento, provocando a redução do montante de Fundo de Participação dos Estados e colocando estes na contingência de aumentar as alíquotas do Imposto de Vendas e Consignações, bem como na criação da conta movimento pelo Governo castrense instaurado em 1964, permissiva da concessão de empréstimos ao setor privado sem limites determinados pelas normas bancárias, a atribuição conferida à União de conferir isenções fiscais concernentes a tributos de competência dos Estados membros, obrigando a estes e aos municípios a buscarem outras formas de financiamento”. Resultado: “a identificação das causas de déficit público, muitas vezes vem informada pelo pesquisador e não da ‘natureza das coisas’, mesmo em se lhe aplicando o conceito que dela têm os que a acreditam adequada ao mundo de valores”. CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos dos direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 53-54

<sup>59</sup> Vasco Pereira da Silva afirma que “a organização administrativa do Estado social também já não apresenta as características de hierarquização e de concentração de poderes, típicas do modelo anterior. A necessidade de prosseguir fins estaduais muito díspares vai implicar a necessidade de proceder à repartição de competências decisórias entre os diferentes órgãos administrativos, além da distribuição de poderes por entidades distintas, e ao abandono de estruturas hierárquicas muito rígidas, o que é tanto mais evidente quanto a actividade a prosseguir não seja meramente burocrática.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 91.

<sup>60</sup> Conforme afirma Vasco Pereira da Silva, essa expressão “realça bem o facto de ser a Administração, e não a legislação, ou a atividade jurisdicional, [que] constitui o centro da atividade estadual. E, de facto, o Estado social pode ser caracterizado precisamente pela atividade administrativa, já que, de acordo com o novo figurino estadual, a sua principal missão é a de assegurar o bem-estar dos indivíduos e da sociedade” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 74.



sociedade, vistos de forma antagônica e em realidade opostas e conflitantes, é revista, de modo a entender como “relação continuada e duradoura entre partes cooperantes.”<sup>61</sup>

Vasco Pereira da Silva ensina que essa nova relação jurídica Estado/cidadão caracteriza-se pela comunicação e cooperação (ao invés de sujeição).

As relações de prestação, agora estabelecidas, vão criar teias de colaboração entre a Administração e os privados, que não se esgotam num único momento, antes possuem um carácter estável e duradouro.<sup>62</sup>

Essa nova relação jurídica entre o Estado e o cidadão implica no reconhecimento de direitos subjetivos a este perante os poderes públicos. Assim, os indivíduos saem da posição de súditos perante o Estado para, efetivamente, assumirem-se como cidadãos, com o reconhecimento de posições jurídicas e o estabelecimento de uma relação jurídica, de igual para igual. Em a Administração Pública passar de meramente executiva para prestadora e constitutiva, voltada para a concretização dos fins e metas do Estado, os particulares passam de súditos, objetos de um poder administrativo, para cidadão, titular de direitos subjetivos.<sup>63</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira assevera que

Sendo assim, a Administração assume uma feição criadora, ou feição conformadora ou constitutiva, ao contrário daquilo que era a satisfação dum pensamento meramente executivo, expresso na ideia de um Estado de direito formal. (...) Este fenómeno de afastamento do modelo de uma Administração meramente executiva da lei (ou ‘executora’, se se quiser acentuar a sua dimensão negativa), pode ser apreciado, em minha opinião, a dois níveis distintos: por um lado, cresceram, em um número e em importância, as atividades de pura administração, sem nada de ‘jurídico’ e que não se diferenciam (ou se diferenciam muito pouco) de actividade similares desenvolvidas por privados (v.g. atuação de carácter técnico, produção de bens, etc.; por outro lado, no que respeita à actuação jurídica da Administração Pública, a impossibilidade do legislador poder (e dever) prever todas as situações e regular todas as matérias, assim como o crescimento das tarefas administrativas, implicou a atribuição de um muito maior grau de autonomia às autoridades administrativas, na sua tarefa de satisfação das necessidades colectivas, tornando a sua função muito mais criadora (v.g. domínios da planificação). Num caso como no outro, a actividade de administrar adquiriu um significado mais amplo do que a mera execução da lei. De resto, neste modelo de Administração prestadora e constitutiva aumentou consideravelmente a distância que vai da lei à actuação administrativa (...) A lei, num número crescente de casos, limita-se à definição de grandes objetivos, bem como à indicação de princípios gerais de

<sup>61</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 76.

<sup>62</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 76.

<sup>63</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 82-83.

actuação, deixando às autoridades administrativas ampla margens de apreciação no que respeita à sua concretização.

Jean Paul C. Veiga da Rocha afirma que esse fortalecimento do Executivo não só proporcionou um crescimento assustador do seu poder normativo como também do seu poder discricionário, transferindo, assim, o poder central do Estado ao Executivo, e não mais concentrado no Legislativo, como era predominante até então.<sup>64</sup> Entretanto, em virtude de a Administração não se limitar à pura execução da lei, essa discricionariedade se tornou fundamental para o bom atendimento da concretização da nova função estatal. Por isso, a “atribuição de poderes discricionários à Administração Pública é imprescindível para assegurar uma decisão correta no caso concreto.”<sup>65</sup> Por outro lado, José Carlos Vieira de Andrade<sup>66</sup> afirma que

As normas que regulam a actividade da Administração, em especial nos modernos campos de intervenção social e económica, apresentam crescentemente uma estrutura porosa, decorrente da utilização de conceitos imprecisos (ou mesmo vagos) para indicar situações de interesse público que justificam os actos de autoridade.

Com isso, incluindo o alargamento das tarefas da administração pública, o Estado Social se caracteriza em passar a utilizar um meio típico do direito privado: o contrato. Maria João Estorninho vai afirmar que “aos poucos, a utilização do Direito Privado por parte da Administração Pública passou a ser muito mais ampla.”<sup>67</sup>

Nesse sentido, os contratos passam a assumir cada vez mais importância na seara do Direito Administrativo. A visão liberal, pautada na ideia de atuação através do ato administrativo, cede à administração negociada ou contratual, cujos cidadãos passam a poder atuar junto da Administração Pública. Ressalva-se apenas que, não obstante essa nova visão, a

---

<sup>64</sup> ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Regulação financeira, direito e democracia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 39

<sup>65</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 87.

<sup>66</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 366-367.

<sup>67</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 40. A professora da Universidade de Lisboa afirma que “pode dizer-se que, no Estado Social, o recurso às formas de atividade jurídico-privada pode ter carácter meramente instrumental, servindo para aquisição de bens necessários ao funcionamento dos serviços (despesas de economato), pode também servir para a Administração Pública realizar obras públicas e pode ainda ser <<atividade alternativa>> (quando o mesmo objetivo pode ser obtido ou através de meios públicos ou de instrumentos privados).” p. 41.

dogmática administrativa constrói a noção e o regime jurídico-administrativo contratual sobre as bases da cláusula exorbitante e da prerrogativa de autoridade.<sup>68</sup>

Por fim, com o tempo, o Estado intervencionista se viu insuficiente em prover todas as obrigações assumidas. O ente político se tornou “inchado”, tendo um alto gasto relacionado à seguridade social, aos serviços básicos de educação, saúde e segurança e aos diversos serviços públicos que este modelo estatal havia decidido prover. A crise fiscal se alastrou de tal modo que chegou a impedir o custeio das despesas básicas (essenciais)<sup>69</sup>. Daniel Bell constata o ocorrido em uma frase: “O Estado se tornou grande demais para os pequenos problemas e pequeno demais para os grandes problemas”<sup>70</sup>. Dessa forma relata José Afonso da Silva que o *Welfare State* “não conseguiu cumprir seu destino de realizar a justiça social”<sup>71</sup>.

Esta situação acabou por demandar a sua ruína, no final da década de 1970 e início da década de 80 do século XX. Contudo, esse “inchaço do Estado” foi apenas uma das facetas - embora considerada a principal - que levaram ao seu fim, contribuindo também a crise de intervenção no domínio econômico e social e, na seara brasileira, o alto grau de corrupção no poder público decorrente da burocracia estatal. Ou seja, o Estado social Intervencionista começou a ruir em decorrência de diversos fatores endógenos: crise fiscal, crise da forma de intervenção no domínio econômico e no social e crise na forma burocrática de administrá-lo, além da corrupção proporcionada através de entidades descentralizadas, com forte cunho político na nomeação dos seus dirigentes. A situação foi agravada por fatores exógenos: a globalização, a era da informatização e o fim da guerra fria<sup>72</sup>.

As expectativas geradas pelo Estado se veem impossibilitadas de serem realizadas pelo mesmo. Ao mesmo tempo em que o Estado estabelece, na seara normativa diversos “direitos”

<sup>68</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 46.

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19.

<sup>70</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251.

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

<sup>72</sup> Para uma leitura mais detida: FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999; WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições?. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 18 e ss; SOLA, Lourdes. Reforma do Estado para qual democracia? o lugar da política. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 24 e ss; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a Reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 67 e ss; SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e Reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001; DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do welfare state: a urgência de um novo pacto. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In:

aos cidadãos, na perspectiva prática, a sua não concretização gera desconfiança entre os cidadãos, além de demonstrar as falhas de um Estado simbólico, mas não efetivo em suas funções.

É necessário diferenciar o Estado Social do Estado Intervencionista. Enquanto o Estado Social tem por objetivo a concretização dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, o Estado Intervencionista pretende materializar tais direitos através da atuação direta do Estado na esfera social, o que implica em uma Administração Pública Inchada, burocrática e, por vezes, ineficaz. Por isso, faz-se imprescindível separar o Estado voltado para os direitos sociais de um Estado Intervencionista.

### 2.2.1 Breves considerações sobre os direitos sociais<sup>73</sup>

Os direitos sociais, considerados direitos fundamentais<sup>74</sup> de 2º geração, são valores sociais, que objetivam garantir um bem-estar coletivo; reconhecidos pelo legislador, positivando-os na ordem constitucional. A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe em seu art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Podemos dizer que, de modo geral, os direitos sociais abarcam as garantias previdenciárias e assistenciais, bem como os direitos trabalhistas, segurança e a educação e saúde, dentre outros reconhecidos por cada ordenamento jurídico estatal. Entretanto, a determinação de um direito social, assim como o seu conteúdo é definido pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, cujo rol pode ser ampliado ou reduzido a depender dessas.

---

PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 249 e ss.

<sup>73</sup> As bases deste item foram largamente debatidas pelo autor no trabalho “**Os Direitos Sociais Na Economia Globalizada**”, decorrente do Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

<sup>74</sup> José de Melo Alexandrino entende que apesar de os direitos sociais se beneficiarem em parte do regime jurídicos dos direitos fundamentais, eles não podem ser considerados direitos fundamentais. Esse entendimento está em suas “**Notas sobre uma concepção dos Direitos Fundamentais Sociais**”, que consiste em tópicos preparados para o Debate sobre Direitos Sociais, realizado na Universidade de Lisboa em 2 de Março de 2012. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Notas-sobre-uma-concepcao-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2019.

Alicerçado na dignidade humana e assente no princípio da solidariedade,<sup>75</sup> os direitos sociais<sup>76</sup> são vistos por parte da doutrina como um “trunfos contra a maioria”<sup>77</sup> e, por outra parte, como “compromissos normativos da comunidade.”<sup>78</sup> Entendo esses direitos como compromissos normativos da comunidade em razão de, apesar de eles corresponderem a valores básicos consagrados pela sociedade, eles dependem do financeiramente possível, que recaem sobre a comunidade através de tributos ou outros sacrifícios, bem como do politicamente oportuno.<sup>79</sup>

Dessa forma, faz-se necessário observar que tais direitos pressupõem um mercado já desenvolvido<sup>80</sup>, haja vista o seu indiscutível caráter econômico, seja para instituir deveres aos empregadores em face do empregado, seja para a arrecadação tributária com o intuito de concretizar tais direitos. Ou seja, os direitos sociais só possíveis em uma economia capitalista de mercado,<sup>81</sup> em que, de certa forma, uma parcela da sociedade arque com os custos para a

<sup>75</sup> Ver OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: 35.º ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976. **35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 40. Conforme o doutrinador português, a dignidade humana “envolve que cada ser humano tenha meios materiais que lhe permitam possuir uma existência humana condigna, impedindo que situações factuais de carência extrema afetem a dignidade da vida em sociedade, razão pela qual o Estado tem o encargo prestativo de facultar meios que permitam a satisfação das necessidades básicas de alimentação, vestuário, habitação, saúde e educação.” p. 41-42.

<sup>76</sup> O filósofo chileno Fernando Atria afirma que a noção de direito remonta à ideia de direito subjetivo. E, por isso, a noção de direito social é uma contradição em termo, bem como pautar essa ideia na solidariedade é desnaturalizar esta. ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais?. In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 09-46. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603159.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>77</sup> Ver NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010. Em sentido contrário, Luis Pereira Coutinho chama a atenção que, na verdade, “os destinatários últimos dos direitos sociais – aqueles que continuamente assumem o compromisso que eles constanciam – não são as maiorias enquanto tais. Antes são no limite os indivíduos que titulam os mencionados deveres”. COUTINHO, Luis Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. **Revista Direito e Política**, n. 1, out./dez., 2012. p. 78.

<sup>78</sup> COUTINHO, Luis Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. **Revista Direito e Política**, n. 1, out./dez., 2012. p. 77.

<sup>79</sup> Luis Pereira Coutinho não concorda com a ideia de trunfo contra a maioria, haja vista que os direitos sociais são sempre dependentes do financeiramente possível e do politicamente oportuno. COUTINHO, Luis Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. **Revista Direito e Política**, n. 1, out./dez., 2012. p. 77-78; e COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais como compromissos. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 3, p. 86-98, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>80</sup> KUNTZ, Rolf. **Os Direitos Sociais em Xequê**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/kuntzdireitossociais.pdf>>. Acesso em: 15 jan 2015. p. 2-3. Para o autor, os direitos sociais, “embora rotulado de ‘sociais’, são marcadamente econômicos”. Ver também MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. Direito, Mercado e Função Social. **Revista da Ajuris**, v. 103, p. 197, 2006. Conforme os autores, “o mercado, enquanto instituição social, é um fato – e, portanto, antes de mais nada, existe!. Como consequência, tem-se que esta realidade (do mercado) não pode ser negada pela análise jurídica, sob pena de prejuízos à organização e ao funcionamento da própria sociedade –que, pelo menos desde o século XVII, organiza-se sob esta forma (ou “modo”) de produção e de consumo. E é como fato social, portanto, que o mercado pode ser influenciado pelo Direito (com maior ou menos eficiência social) para garantir determinados valores e princípios constitucionais e legais de uma determinada sociedade.”

<sup>81</sup> Na história do mundo ocidental, já houve cinco sistemas econômicos: primitivo, escravocrata, feudal, socialista e capitalista. Apesar de os direitos sociais terem surgido em uma vertente socialista, ele sempre só foi possível em

melhoria do bem-estar de outra parcela da sociedade.<sup>82</sup> Os direitos sociais, portanto, só são possíveis em uma sociedade desigual, na qual uma parcela da sociedade cede o fruto do seu trabalho para a concretização de valores (direitos sociais) julgados pelo legislador como fundamental para o desenvolvimento da outra parcela da sociedade, *a priori*, menos favorecida.

Sob essa análise, quanto mais desenvolvida uma sociedade e, por conseguinte, seus cidadãos, menor a necessidade de proteção dos direitos sociais. A sociedade em que haja baixa desigualdade ou, embora haja desigualdade, os seus cidadãos sejam bem afortunados, tenham uma renda per capita que possa satisfazer as suas necessidades, não há justificativa para uma ampla proteção e concretização dos direitos sociais pelo Estado. Não se pode esquecer que esses direitos fundamentais só são concretizados quando, no outro lado, o Estado exerce a sua força coercitiva sobre direitos individuais de outros cidadãos.<sup>83</sup>

Sob outra perspectiva, o caráter econômico dos direitos sociais implica uma necessária redução dos direitos individuais de liberdade e de propriedade, seja em virtude da redução da liberdade econômica<sup>84</sup> ao conferir encargos ao empregador seja através da arrecadação tributária sobre a propriedade dos cidadãos.<sup>85</sup>

Nesse sentido, Jorge Miranda<sup>86</sup> afirma que a efetivação dos direitos sociais não depende apenas do Estado. A organização da própria sociedade civil, através das pessoas e grupos setoriais, é fundamental para a concretização desses direitos, que não precisam, necessariamente, de intervenção estatal para tanto. O mercado, enquanto instituição social

---

uma economia de mercado, em que uma parcela da população contribui para a concretização de tais direitos. Assim, ele pressupõe necessariamente uma desigualdade econômica.

<sup>82</sup> Interessante notar que, conforme estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), “A carga tributária é alta e quem paga a maior parte da conta é quem tem menos poder aquisitivo. Segundo pesquisa realizada pelo IBPT, mais de 79% da população brasileira, que recebe até três salários mínimos por mês, contribui com 53% da arrecadação tributária total no país.” Conforme o estudo, a razão é que o sistema tributário brasileiro prioriza a tributação sobre o consumo, haja vista ser mais fácil de tributar. O Presidente Executivo do IBPT afirma que “mais de 70% dos tributos é do consumo. A renda toda vai para o consumo e não sobra muito para investimento, para comprar casa e comprar carro, por exemplo (...) A maior parte dos impostos arrecadados pelos cofres públicos são gerados por itens de necessidade básica como habitação (42%), transporte (24%), alimentação (15%) e vestuário (5,3%).” Disponível em: < <https://www.ibpt.org.br/noticia/1864/Tributacao-e-mais-alta-nas-classes-menos-favorecidas> > . Acesso em: 20 de julho de 2015.

<sup>83</sup> Ver NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>84</sup> Ver FRANCO, Antônio L. Sousa. Nota sobre o princípio da liberdade econômica. **Separata do Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 355, 1986.

<sup>85</sup> Conforme Paulo Otero, os direitos sociais não apenas são tarefas para o Estado, mas, por outro lado, em face do princípio da solidariedade, eles constituem deveres fundamentais que responsabilizam cada um dos cidadãos pelos demais membros da sociedade. OTERO, Paulo. Direitos Econômicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: 35.º ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976. **35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 45. Nesse mesmo sentido: NABAIS, Jose Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 29 jan 2015.

<sup>86</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 180. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

composta pela sociedade civil na realização de livre trocas de vontades, é essencial para a concretização dos direitos sociais, na ampliação do bem-estar coletivo.

Jorge Miranda<sup>87</sup> afirma que há um regime específico para os direitos sociais,<sup>88</sup> cujas normas são programáticas em sua maioria. O primeiro princípio específico diz respeito à tarefa fundamental de caráter geral e às incumbências – imposições constitucionais de metas e ações - do Estado e de outras entidades em especial. As tarefas e as incumbências estão estritamente relacionadas com a Constituição econômica em virtude de a promoção do bem-estar passar pela “transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais.” (art. 9º, alínea “d”, da Constituição da República Portuguesa).

Jorge Miranda<sup>89</sup> ensina que a Constituição se importa não com um monopólio estatizante da concretização dos direitos sociais, mas sim com uma abertura democrática à própria sociedade civil em proteger e concretizar o bem-estar coletivo. Haveria, assim, um aprofundamento da democracia em que a própria sociedade civil concretize os valores sociais previstos pela Constituição, em regime *concorrencial e complementar* ao estatal.

Os demais princípios do regime específico dos direitos sociais são a dependência da realidade constitucional, cuja concretização das normas constitucionais depende das condições econômico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais;<sup>90</sup> e o princípio do não retorno da concretização (chamado, por alguns doutrinadores, como princípio do não retrocesso social).

---

<sup>87</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 426-427. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>88</sup> Sobre a diferenciação dos regimes jurídicos entre os direitos individuais e os direitos sociais, ver OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: 35.º ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976. **35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012. Conforme o autor, “E essa diferenciação de regimes materiais, além de pressuposta na letra e no espírito da Constituição, justifica-se ainda, em caso de conflito ou colisão de direitos, pela prevalência ou preferência aplicativa dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos económicos, sociais e culturais, sob pena de, em sentido contrário, se se reconhecer a ambas as categorias de direitos igual valor hierárquico-axiológico, se edificar um modelo de Estado que, numa reminiscência hegeliana de cariz totalitário, faria prevalecer o coletivo sobre o individual, num cenário em que o homem se realizaria primeiro dentro do Estado do que como indivíduo. No limite, conferir prioridade ou igual prioridade aos direitos sociais face aos direitos, liberdades e garantias resume-se a uma opção entre uma concepção personalista ou, pelo contrário, uma concepção estadualista do Direito Constitucional, sem esquecer esta última partilha o caminho histórico pelas experiências totalitárias do século XX.”. p. 48. Da mesma forma, MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: teoria da constituição em tempos de crise do estado social**. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 567. (Tomo II, Vol. 2). Em sentido contrário, ver NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

<sup>89</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 431 e ss. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>90</sup> Por isso a importância de a racionalidade jurídica na aplicação das suas normas, bem como na aplicação das políticas públicas, utilizar da racionalidade econômica, principalmente a análise econômica do direito, haja vista a economia trabalhar com o princípio de que os recursos são escassos e a necessidade humana infinita. Ou seja, a racionalidade econômica busca a melhor forma de alocar os recursos escassos de um determinado Estado a partir de certos valores e diretrizes determinados de forma democrática por esse mesmo ente político.

Quanto ao princípio do mínimo existencial, Flávia Piovesan<sup>91</sup> defende a necessidade de observar os critérios desenvolvidos pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para o desenvolvimento do conteúdo jurídico dos direitos sociais, tais como a acessibilidade, disponibilidade, adequação, qualidade e aceitabilidade cultural, com valor de recomendações aos países. No entanto, estas não têm força cogente para os Estados, ou seja, são apenas um indicativo a eles, com atuação, pois, como *soft law*.

Observa-se que, conforme a Constituição Federal Brasileira de 1988, o salário mínimo, fixado em lei, deve ser capaz de atender a necessidades vitais básicas do trabalhador e da sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º, inc. IV, da CFB/88). Ou seja, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o mínimo para que uma pessoa possa viver com dignidade deve ter como parâmetro o salário mínimo garantido pela Constituição e previsto em normas infraconstitucionais.<sup>92</sup> Isso não exclui políticas públicas que possam melhorar a vida da sociedade mais carente brasileira, dentre o financeiramente possível (ou reserva do possível), a partir de uma ponderação de valores realizada pelos órgãos políticos e legislativos.<sup>93</sup>

Para Jorge Miranda, a aplicação dos direitos sociais depende do princípio da realidade constitucional, mais especificamente das condições econômico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais.<sup>94</sup> Por isso, o art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos liga os direitos econômicos, sociais e culturais, “ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo.”

No que diz respeito ao princípio do não retrocesso, Flávia Piovesan<sup>95</sup> defende que os Estados devem adotar medidas para efetivar os direitos sociais e, conseqüentemente, evitar seu retrocesso, bem como devem garantir uma aplicação progressiva dos direitos econômicos,

---

<sup>91</sup> PIOVESAN, Flavia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas Global, Regional e Sul-Americano. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 760. (Volume III).

<sup>92</sup> Hayek entende que o mínimo existencial é encontrado no valor necessário para estar incluso no mercado, mais especificamente, é encontrado no salário mínimo. Ver: HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Conforme Elisa Rangel Nunes, “A dignidade da pessoa humana está vinculada ao conceito de mínimo existencial, que se pode traduzir em condições materiais mínimas que assegurem uma vida digna e saudável a cada indivíduo perante as contingências sociais.” NUNES, Elisa Rangel. O imaginário dos direitos sociais e do estado de bem-estar social. In: CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 3., 2013, Maputo. **III Congresso De Direito de Língua Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 86.

<sup>93</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 434. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>94</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 433. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>95</sup> PIOVESAN, Flavia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas Global, Regional e Sul-Americano. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 762. (Volume III).



sociais e culturais, com a alocação do máximo de recursos disponíveis, observado o princípio da proporcionalidade. Assim, haveria um princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, decorrentes do princípio da proibição do retrocesso social e da proibição da inação estatal.

Por outro lado, é interessante observar a posição de Jorge Reis Novais,<sup>96</sup> cujo entendimento, a partir da concepção do regime único entre os direitos fundamentais, é que se o legislador pode afetar os direitos de liberdade e propriedade para garantir os direitos sociais e isso não for considerado um retrocesso, o contrário não pode ser diferente.

Jorge Miranda<sup>97</sup> entende que é possível haver um retrocesso legislativo em matéria de direitos sociais, desde que garantido um mínimo para a proteção da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, o constitucionalista português<sup>98</sup> afirma que, no que se refere à educação e saúde, não significa necessariamente que a prestação tenha de obedecer sempre determinado paradigma, podendo ser ora mais centralizados, ora mais socializantes, ora mais liberalizantes. O que não pode é o legislador deixar de organizar e prever tal sistema e serviço.

Por isso, também nesse caso é necessário observar a reserva do possível na concretização das normas, cujas normas devem obedecer os seguintes pontos na interpretação: a) em situações de condições econômicas favoráveis, deve-se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e realização de todas as prestações; b) em caso de escassez nos recursos financeiros, as prestações devem adequar-se ao nível de sustentabilidade existente, com a possibilidade de redução dos seus benefícios e beneficiários; c) deverá sempre ser protegido um conteúdo material mínimo de subsistência como garantia da dignidade da pessoa humana.

Paulo Otero<sup>99</sup> faz uma diferenciação entre a proibição absoluta de retrocesso, que diz respeito à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à dignidade da pessoa humana, e a proibição relativa de retrocesso. Conforme o doutrinador o legislador não pode reduzir: a) o nível já alcançado de proteção da inviolabilidade da vida humana; b) os parâmetros mínimos à garantia da dignidade humana. Nesse sentido, se o retrocesso não disser respeito ao mínimo indispensável à dignidade humana, não há vedação, desde que haja a devida

---

<sup>96</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 240 e ss.

<sup>97</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 437 e ss. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>98</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 442. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>99</sup> OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: 35.º ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976. **35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 52-53.

fundamentação da necessidade e adequação (corolários do princípio da proporcionalidade) da medida, com o objetivo de evitar o arbítrio.

Segundo Luis Pereira Coutinho,<sup>100</sup> a formulação da proibição do retrocesso é uma decorrência do Direito Constitucional alemão, o qual não possui na sua Constituição a previsão de direitos sociais, salvo a garantia de um Estado Social e busca da Justiça Social; e, por isso, não faz sentido tratar desse princípio face à Constituição Portuguesa, bem como à Constituição Brasileira, as quais os direitos sociais foram constitucionalmente consagrados. Neste caso, são discussões diversas sobre a violação ou não do legislador ordinário em cada situação e o grau de realização do legislador para esses direitos.

Nessa perspectiva, entendo que a proibição de retrocesso e, consequentemente, a busca pela defesa progressiva deve ser observada sob a ótica do bem-estar coletivo geral, e não necessariamente uma vedação específica para cada direito fundamental consagrado como social pela Constituição ou pelas normas infraconstitucionais. Não há inconstitucionalidade em retirar a fundamentalidade de determinado direito social, seja: (a) em virtude do princípio da realidade constitucional. A positivação de determinado direito social pode, com o desenvolvimento da sociedade, não se justificar. A proteção normativa de valores só é legítima onde houver necessidade fática ou jurídica; se essa necessidade não se justifica, é desarrazoável entender pela impossibilidade de sua redução ou exclusão. Isso porque o desenvolvimento sócio econômico de uma sociedade pode fazer com que a garantia constitucional de um determinado direito fundamental social não seja mais legítima. E ainda: há também a possibilidade de a concretização normativa dos direitos fundamentais ser de tal forma ineficaz que a sua continuação nas normas constitucionais ou em uma nova constituição não seja interessante, sob pena de “envenenar” as demais normas constitucionais.

Por outro lado, (b) as democracias ocidentais têm a tendência de sempre garantir e criar mais direitos em seu ordenamento jurídico em razão da lógica do sistema político: a promessa ganha campanha e fideliza o eleitorado. No entanto, se o legislador pode criar direitos sociais, entender que ele não poderia reduzi-los seria petrificar a função legislativa e diminuir a liberdade do Executivo sobre o planejamento econômico, de forma a vermos um Estado sempre maior, reduzindo cada vez mais os direitos fundamentais de primeira dimensão, tal como vem acontecendo desde a última quadra do século passado.

Por isso, não vejo inconstitucionalidade em retroceder a garantia – ou mesmo excluir – de fundamentalidade social de determinado direito. O limite desse caminho deve ser

---

<sup>100</sup> COUTINHO, Luis Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. **Revista Direito e Política**, n. 1, out./dez., 2012. p. 76.

encontrado na dignidade da pessoa humana, tal como defende Paulo Otero (limite absoluto), e na busca pela justiça social.

Por fim, Jorge Miranda<sup>101</sup> defende que “*os que podem pagar, devem pagar*”<sup>102</sup> em face de: a) da necessidade de tomarmos consciência do significado e das consequências econômicas e sociais; b) em diversos casos, podem escolher alternativamente entre bens e serviços; c) assim poderão controlar mais facilmente a utilização de seu dinheiro e evitar ou atenuar, portanto, o peso do aparelho burocrático. Diversamente, “*os que não podem pagar, não devem pagar.*”

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou em seu art. 6º o rol dos direitos sociais. São eles “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, na forma da Constituição. Não obstante esse rol, o art. 5º, § 2º, realiza a função de norma “*fattispecie aberta*” (princípio da cláusula aberta), de forma a incluir qualquer possibilidade de direito da espécie humana,<sup>103</sup> especificamente aqueles previstos em lei e regras aplicáveis no Direito Internacional, observado o art. 5º, § 3º, da CF/88.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe sobre a obrigação de o Estado brasileiro buscar “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (art. 4º, parágrafo único).

Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa de 1976 protege como direitos fundamentais sociais<sup>104</sup> o direito ao trabalho (art. 58º), direito dos trabalhadores (art. 59º), direito dos consumidores (art. 60º), iniciativa privada, cooperativa e autogestionária (art. 61º), de propriedade privada (art. 62º) a segurança social e solidariedade (art. 63º), a saúde (art. 64º), a habitação e urbanismo (art. 65º), ambiente e qualidade de vida (art. 66º), a proteção da família (art. 67º), da paternidade e maternidade (art. 68º), da infância (art. 69º), da juventude (art. 70º), do cidadão portadores de deficiência (art. 71º) e da terceira idade (art. 72º), educação, cultura e ciência (art. 73º), ensino (art. 74º), ensino público, particular e cooperativo (art. 75º), Universidade e acesso ao ensino superior (art. 76º), participação democrática no ensino (art. 77º), fruição e criação cultural (art. 78º), cultura física e desporto (art. 79º). O art. 16.1 atua

<sup>101</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 446. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>102</sup> Recentemente o Supremo Tribunal de Justiça do Brasil entendeu no AResp nº 522657 que o Estado não é obrigado a fornecer medicamento a paciente com boa condição financeira. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AResp nº 522657. Julgamento em: 18 dez. 2014.

<sup>103</sup> Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>104</sup> Ver: OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: 35.º ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976. **35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012.

como norma “*fattispecie aberta*”; e o art. 16.2 prevê que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Ademais, o art. 7.º prevê implicitamente o princípio de respeito pelo Direito Internacional, além de incorporar outros princípios constantes da Carta das Nações Unidas na Constituição Portuguesa.<sup>105</sup> O art. 7.º, nº 5, dispõe sobre a cláusula de empenhamento na construção e aprofundamento da União Europeia.<sup>106</sup> Conforme Jorge Miranda<sup>107</sup> e J. J. Canotilho,<sup>108</sup> os Tratados de Direitos Humanos tem caráter supralegal, mas infraconstitucional.

O art. 8.º, nº 2, prevê a vinculação por Portugal às Convenções Internacionais, desde que obedeça ao devido processo legal previsto na Constituição da República Portuguesa. O nº 4 do art. 8.º dispõe sobre a “regra de colisão” entre o Direito da União e a ordem constitucional interna: as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas decorrentes das instituições da União Europeia devem ser aplicadas no âmbito interno, nos termos definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde que não haja conflito entre as normas da União Europeia e os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático.<sup>109</sup> Assim, conforme Ana Guerra Martins, tanto o Direito originário quanto o Direito derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais; o que não significa a sua invalidade interna, mas apenas a sua não aplicação no caso concreto.<sup>110</sup>

---

<sup>105</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais**: A posição do Tribunal Constitucional Português. Santiago de Compostela, 2014. (XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português). Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 13.

<sup>106</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais**: A posição do Tribunal Constitucional Português. Santiago de Compostela, 2014. (XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português). Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 14.

<sup>107</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 168. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). No entanto, segundo Jorge Miranda, em face do art. 16º, nº 2, as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de modo que as normas constitucionais devem se amoldar a esta na sua interpretação. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 166. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>108</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 1.035.

<sup>109</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais**: A posição do Tribunal Constitucional Português. Santiago de Compostela, 2014. (XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português). Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 14.

<sup>110</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais**: A posição do Tribunal Constitucional Português. Santiago de Compostela, 2014. (XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português). Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 15.

No âmbito do Direito Internacional, os Pactos Internacionais da ONU fazem uma distinção entre os direitos de liberdade – Pacto Internacional sobre Direitos Civis – e os direitos sociais e econômicos – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, a partir de um critério pautado no objeto do direito e no bem protegido.

Não obstante a isso, conforme Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 atribui o caráter de universalidade e indivisibilidade aos direitos humanos<sup>111</sup>. Aquela (universalidade) consiste na abrangência universal dos direitos humanos, pautado no aspecto na dignidade humana.<sup>112</sup> A indivisibilidade, por sua vez, considera os direitos humanos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada: (a) há uma relação de inter-relação e interdependência entre as gerações – ou categorias – dos direitos humanos, no sentido de que eles são essenciais para a existência e desenvolvimento um do outro; (b) a paridade na relevância das diversas categorias dos direitos humanos.

Conforme leciona Flávia Piovesan, é possível extrair da jurisprudência internacional, principalmente do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,<sup>113</sup> 5 (cinco) relevantes princípios específicos concernentes aos direitos sociais: o princípio da observância do *minimum core obligation*; o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais do qual decorre o princípio da proteção ao retrocesso e da proibição de inação estatal; o princípio da inversão do ônus da prova; o princípio da participação transparente e *accountability*; o princípio da cooperação internacional.

Afirma a professora brasileira<sup>114</sup> que, pelo princípio da cooperação internacional, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu General Comment n. 12, realça as obrigações de o Estado respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais. Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que não viole tais direitos. Além desses, a autora afirma que, no campo dos direitos sociais, destaca-se a obrigação de cooperação internacional, previsto na Declaração Universal de 1948, em seu art. XXIII, e no art. 2.º do

<sup>111</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas Global, Regional e Sul-Americano. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. (Volume III).

<sup>112</sup> Ver MARTINS, Ana Maria Guerra. A Proteção da Dignidade Humana no Tratado de Lisboa. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. (Volume III); e ABRANTES, José João. Proteção dos Direitos Sociais e a Crise do Estado Social. In: CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 3., 2013, Maputo. **III Congresso De Direito de Língua Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>113</sup> Em 1993, a Declaração de Viena recomenda a aplicação de um sistema de indicadores para medir o progresso na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>114</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas Global, Regional e Sul-Americano. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 760. (Volume III).

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no art. 1º do Protocolo de San Salvador.

### 2.3 O ESTADO PÓS-SOCIAL

A crise do Estado Social fez com que passassem a defender a formulação de um novo modelo estatal, de cunho liberal mas sem abandonar o social.<sup>115</sup> É necessário ter em mente que o objetivo estatal de concretização dos direitos fundamentais não implica, necessariamente, em uma intervenção do ente político na seara econômica e social. O Estado Social diferencia-se do Estado Interventor, pois enquanto aquele deve ser visto como um fim, o ente político que prima pela intervenção e atuação direta sobre a sociedade nada mais é que um meio para a concretização de suas finalidades. Entrementes, a queda do Estado interventor apenas corresponde à busca de outras formas de concretização dos direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais.

Maria João Estorninho,<sup>116</sup> por sua vez, entende que o movimento de privatização da Administração Pública é anterior à crise do Estado Social, mas que esta teria agravado aquele movimento. O movimento de privatização consistiria em uma tendência para recorrer às formas jurídico-privadas de organização e atuação administrativas.

Diversos autores afirmam que a introdução desse modelo nos países subdesenvolvidos teve forte apoio no Consenso de Washington.<sup>117</sup> Este consiste em um conjunto de regras básicas elaborada por instituições financeiras internacionais com o objetivo de promover o ajustamento macroeconômico<sup>118</sup> nos países em desenvolvimento. As regras do Consenso de Washington

<sup>115</sup> Com a crise do Estado Social, a gestão pública e a forma da administração pública se organizar foram alvos de muitos questionamentos, o que gerou uma crise da legitimidade da administração e do direito administrativo. Sobre a crise do Direito Administrativo, cfr. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 304 e ss.

<sup>116</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 47.

<sup>117</sup> Ver STIGLITZ, Joseph E. **Globalização**: a grande desilusão. Lisboa: Terramar. 2002.

<sup>118</sup> O “curioso” é que, não obstante o discurso neoliberal de redução dos gastos estatais, a participação dos gastos do governo no produto nacional continua a aumentar. Gilberto Dupas cita um artigo publicado no *The Economist* para demonstrar tal constatação. Segundo o autor, “o artigo citado divide o total de despesas públicas em quatro grandes categorias: consumo do governo (o valor que o Estado, enquanto provedor de serviços, paga em salários e outros insumos); investimentos públicos; transferência; e subsídios e juros da dívida nacional (interna e externa). A parcela de investimento público foi a única que teve queda significativa de 1960 a 1990 – o que não surpreende, em face da onda de privatizações que varreu esses países desde a década de 1970. Todas as outras categorias de gastos mostraram significativos aumentos, principalmente os juros sobre a dívida. O que não deixa de ser curioso, já que o pressuposto do fim do Estado Keynesiano é justamente o controle do déficit público. O exame dos dados mostra que o item médio mais significativo de gastos do governo são as transferências e subsídios. (...) ao que tudo indica, os Estados nacionais continuam não somente gastando muito, como endividando-se crescentemente para pagar esses gastos.”. DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do welfare state: a urgência de um novo pacto. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em**

tinham como cortina o ajustamento econômico da crise vivida por esses países e, por isso, tinham como diretriz a redução dos gastos públicos, a abertura comercial, o investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições, a privatização das estatais, a desregulamentação, dentre outras.

O Estado deveria, portanto, mudar a sua forma de atuar na ordem econômica e social: deixar de intervir diretamente na economia, adotar o sistema das privatizações e desestatizações das empresas estatais, e passar a atuar na regulação (atuação indireta) desses serviços e atividades.

Nesse sentido, é prezado, em escala mundial, por uma reforma do Estado, no intuito de reduzir o seu tamanho, em que houvesse uma transferência à iniciativa privada dos serviços “indevidamente” prestados pelo Estado e/ou prestados de forma mais eficiente pela sociedade.<sup>119</sup> Há uma redefinição da função estatal. Conforme afirma Ricardo Antonio Lucas de Camargo, a redução do tamanho do Estado foi um dos principais argumentos utilizados para se vogar por uma reforma em que houvesse uma redefinição do seu papel, de executor direto à criação de novas formas de gestão – entenda-se privatização e desestatização – em que o Estado atuasse como regulador e provedor ou produtor dos serviços<sup>120</sup>. José dos Santos Carvalho Filho<sup>121</sup> aponta como causas da desestatização “as despesas públicas e a desorganização e anacronismo das estruturas administrativas”, de forma a este último ensejar a inclusão do princípio da eficiência. A primeira das causas ocasionou grande endividamento público, com a

---

**transformação.** São Paulo: Unesp, 2001. p. 222. Osvaldo Sunkel afirma que há uma contradição marcante entre as ideologias neoliberais e globalizantes e a realidade social. E que pode ser percebido, em um contexto internacional, através de quatro características principais: “um desempenho econômico medíocre do crescimento como um todo; um alto (e incontrolável) grau de volatilidade financeira; uma fraqueza exacerbada das instituições públicas internacionais; e uma contínua deterioração da distribuição de renda em nível global”. SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e Reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Unesp, 2001. p. 175. Eros Grau afirma que a Inglaterra, que atua com o laboratório do ultraliberalismo, é o país que apresenta “os mais violentos contrastes sociais da Europa”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

<sup>119</sup> Adrés Morey Juan afirma que as reformas administrativas tiveram como objetivo a implantação da gestão de serviços públicos de acordo com o direito privado, promovendo, pois, uma mudança na organização administrativa, bem como uma reformulação da função pública. Com isso, constatou-se que há uma progressiva substituição do regime estatutário pelo regime de direito privado, na regulação das relações de trabalho. JUAN, Andrés Morey. **La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación**. Madrid: INAP, 2004. p. 17; OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 31 e ss.

<sup>120</sup> CAMARGO. “**Custos dos Direitos**” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 15.

<sup>121</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado Mínimo x Estado Máximo: O dilema. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 12, dez./fev. 2008. p. 11.

majoração de tributos, de forma contínua. Já a segunda, exige a transformação da Administração Pública para um modelo mais eficiente, gerencial.<sup>122</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, há uma redefinição do tamanho e função do Estado e - consequentemente - há uma redefinição das funções e tamanho da própria Administração Pública. Com o aprimoramento do Estado Social e - principalmente após a implantação dos regimes democráticos, em virtude de o Estado ter assumido a prestação dos direitos sociais e a garantia do bem-estar - há uma intensificação da descentralização e fragmentação administrativa do Estado, com a criação de diversas pessoas jurídicas de Direito Público e a multiplicação de departamentos e Ministérios, bem como transferência do exercício de diversas atividades à iniciativa privada; o que gerou uma ampliação e redefinição das funções estatais.

Por isso, Vasco Manoel Pereira da Silva afirma que esse novo modelo implica a coexistência de opções a princípio contraditórias.<sup>123</sup> Por um lado, valorizar e enfatizar valores puramente individualistas e, por outro lado, a busca pelo alcance da concretização da solidariedade social.

Conforme ensina Daniela Bandeira de Freitas<sup>124</sup>, essa descentralização e fragmentação administrativa consiste, por um lado, na fragmentação dos órgãos político-administrativos do Estado e, de outro, na própria fragmentação dos poderes de decisão político-administrativos do Estado<sup>125</sup>. A descentralização estatal ocorre tanto em seu sentido político quanto administrativo com o objetivo de corresponder aos anseios da sociedade, nessa última metade do século XX, em relação ao Estado Social, o que ocasionou um aumento do tamanho estatal e da sua complexidade. Assim, há uma busca pela eficiência na prestação das funções assumidas pelo Estado, qual seja a garantia na prestação dos direitos sociais de 2º dimensão, e aproximar o ente público do cidadão e dos problemas locais. Com isso, há uma divisão do poder político em

<sup>122</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado Mínimo x Estado Máximo: O dilema. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 12, dez./fev. 2008. p. 11.

<sup>123</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 125. Conforme o autor, “a crise do Estado social constitui a face visível de um processo de transformação e de revitalização dos fenómenos políticos. O que desaparecem não foi, sem mais, o Estado, mas um certo modo de o entender. É por isso que, mais do que a morte de uma certa forma de organização, o que me parece estar em causa é o surgimento de um novo modelo de Estado, que representa uma tentativa de responder aos problemas com que se defrontam as sociedades atuais”

<sup>124</sup> FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 22.

<sup>125</sup> Segundo Bandeira de Freitas, “Este novo Estado democrático enseja a divisão dos poderes políticos de forma a propiciar a participação política dos seus cidadãos como meio à implementação da democracia. Observa-se o alargamento das funções do Estado, sob os fundamentos da justiça social, e o Estado assume o papel de garantidor da concretização do bem-estar, cujo aparelho direto de sua Administração Pública não era mais capaz de suportar. O Estado passa, assim, ao papel de interventor e prestador de serviços e dá ensejo ao surgimento de diversos centros de decisão político-administrativa, bem como de novas formas de organização pública ou público-privadas”. FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 65.



entidades territoriais e, por conseguinte, a divisão do poder político-administrativo e a necessidade de participação política dessas entidades locais.

No enfoque administrativo, a administração pública concentrada e centralizada, típica do Estado Liberal<sup>126</sup>, dá lugar a uma administração desconcentrada e descentralizada do Estado Social – é a “fuga da Administração direta e central”<sup>127</sup> – com o objetivo de garantir o bem-estar social e a função de executora de políticas públicas e prestadora de serviços públicos – posição ativa na sociedade.

No Estado Pós-Social, há uma acentuação desse movimento de descentralização e fragmentação do Estado<sup>128</sup>: se antes se passou de um Estado centralizado e concentrado para um ente descentralizado e desconcentrado, agora este ente político se fragmenta, divide-se, multiplica-se, e passa aos particulares algumas de suas responsabilidades e funções, seja através da prestação de atividades econômicas seja através da prestação dos serviços públicos e/ou tarefas dos poderes administrativos. E agora o poder público abandona a pura direção política da regulação/intervenção econômica e social para atuar com direção técnica sobre os prestadores de tarefas da administração, seja da Administração Indireta seja particulares

---

<sup>126</sup> Conforme Daniela Bandeira de Freitas, “O Estado liberal, portanto, manteve uma concepção de defesa da centralização político-administrativa, como resquício do antigo regime que sobrevive à Revolução Francesa. Isto porque a própria ideia de Constituição escrita, a manutenção na maioria dos países da Europa ocidental do regime de governo monárquico e a construção do pensamento liberal da preponderância da soberania popular através da representação da vontade do povo pelo parlamento não alterou o cenário de concentração pelo Estado central dos poderes de decisão política, caracterizados por um único órgão legislativo, o Parlamento, e por um Poder Executivo unitário. (...) O Estado liberal, portanto, apesar de uma organização administrativa centralizada ao nível de sua Administração direta e territorial, comportou um modelo de gestão administrativa paralelo, fundada em técnicas de parceria com o setor privado, em verdadeira divisão ou fragmentação de suas atividades. Esta administração ‘paralela’ podia ser traduzida: 1. Pelas concessões de serviços públicos, de domínio e obras públicas; 2. e pelas companhias coloniais de exploração de domínio ultramarino. A associação com o setor privado manifestou-se sob a ótica de um Estado mínimo e possibilitou a prossecução de tarefas por eles assumidas, segundo a lógica de um Estado fiscalizador”, FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 55-59. Sérgio Guerra afirma que o modelo administrativo do Estado liberal pauta-se no modelo legal-racional estruturado por Max Weber, no qual tem em seu bojo a subordinação hierárquica aos interesses governamentais, dentro de uma administração burocrática, hierárquica e centralizada. GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58.

<sup>127</sup> FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 60.

<sup>128</sup> Conforme Daniela Bandeira de Freitas, a diferença é que a descentralização no modelo clássico não envolvia “o seu aspecto material de descentralização democrática”. A autora ainda afirma que só pode haver participação se o princípio da descentralização e da autonomia administrativa for colocado em pauta. FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 113. Para a autora, “à medida, portanto, que o modelo administrativo do Estado fragmenta-se no âmbito de suas decisões e no seu âmbito territorial e institucional, devido à imposição de um princípio constitucional de autonomização das decisões e da sua própria estrutura, surge, a par deste processo de ‘pulverização’ do centro administrativo, uma nova forma de representação deste modelo plural, consubstanciado na participação do cidadão local na gestão de assuntos administrativos que lhe digam respeito”. FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 114.

prestadores de serviço público, e/ou no estabelecimento de diretrizes para os particulares, no exercício da atuação privada, buscar a concretização de interesses públicos.

Assim, o Estado passa a fiscalizar, controlar, incentivar e direcionar essas atuações a buscarem não apenas interesses pessoais, mas também a concretização de interesses públicos, ampliados – em relação ao Estado Social – em virtude do surgimento da 3ª dimensão dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ocorre uma intensificação do fenômeno da privatização – também chamado de “fuga para o Direito Privado”. Não que este fenômeno não ocorresse no Estado Social. Pelo contrário, conforme Vasco Manoel Pereira da Silva,<sup>129</sup> no Estado Social, caracterizou-se pela “utilização de meios jurídico-privados por parte da Administração”, seja ao nível de organização administrativa seja em relação às atividades desenvolvidas pelas autoridades administrativas. O que há é uma intensificação, uma acentuação desse movimento; em busca de concretizar de modo mais eficiente os objetivos do Estado.

Essa fuga para o Direito Privado está relacionada, pois, a uma busca pela eficiência da atuação estatal, bem como por uma mudança na forma de controle. Se antes cabia o controle no aspecto “burocrático” da atuação administrativa, com a adoção do “direito privado” confere-se uma maior liberdade à Administração e, por conseguinte, aumenta-se o controle sobre os resultados. Assim, o Direito Privado passa, cada vez mais, a ser um substituto do Direito Administrativo; o que não deixa de ser um meio menos autoritário sobre a sociedade.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>130</sup> aponta como princípios básicos dessa redefinição da Administração Pública a desburocratização, “com a finalidade de dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração,” descentralização, transparência, accountability, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão.

A mudança de um Estado paternalista para um ente político, com atuação de fiscalizar e controlar as atividades delegadas à sociedade civil, consiste na razão fundamental para uma acentuada fragmentação da administração pública, observável sob três aspectos distintos: a) “a fragmentação administrativa orgânico-funcional”, a qual consiste na própria descentralização política/administrativa do Estado; na “transferência de tarefas do Estado central e de sua Administração Pública central para pessoas jurídicas ou órgãos, territoriais ou institucionais descentralizados”; b) “fragmentação das atividades econômicas e de prestação de serviços da

---

<sup>129</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 103-104.

<sup>130</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 6, mai./jul. 2006.

Administração Pública do Estado”, consiste nas atividades de interesse público ser desempenhadas por pessoas jurídicas de direito privado; c) na “fragmentação do sistema jurídico”, a qual decorre da ampliação das vinculações jurídico-administrativas, em virtude da extensão do conceito clássico de legalidade (a Administração não se vincula apenas à legalidade central), em face: I) “pulverização de decisões administrativas”, ou seja, em uma sociedade cada vez mais pluralista e diversificada, diversos órgãos e/ou pessoas jurídicas “recebem” legitimidade democrática para emanar decisões administrativas; e II) “adoção cada vez maior de meios jurídico-privados de atuação pela Administração Pública”, tais como contratos administrativos, os conceitos de gerencialismo e as parcerias público-privada, o que, segundo Daniela Bandeira, transforma a Administração Pública em uma Administração gerencial<sup>131</sup>.

Maria João Estorninho coloca como causa dessa mudança de modelo estatal o crescimento desmensurado da Administração Pública do Estado, bem como a grave ineficiência na prestação dos serviços e o aumento da burocracia. Por outro lado, há um aumento das contribuições exigidas dos cidadãos para suportar toda essa despesa gerada; de modo a gerar uma desconfiança e incomodidade do cidadão com o poder público.<sup>132</sup> Com isso, faz-se fundamental repensar a dimensão da máquina administrativa e as tarefas que estão ao seu encargo.

Daniela Bandeira de Freitas<sup>133</sup> afirma que essa nova fragmentação estatal ocorre em virtude de duas vertentes, tanto pela busca da eficiência e quanto pela democratização estatal. A eficiência é encontrada na prestação de serviços de forma igual, proporcional e contínua a todos os cidadãos, os quais lhes seriam oportunizados a autogestão desses serviços e a participação nas decisões administrativas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>134</sup> também coloca a eficiência como uma ideia-força do modelo estatal contemporâneo, surgido após as mudanças econômicas ocorridas no pós-guerra. No entanto, essa eficiência apesar de ser vista, *a priori*, sob o aspecto econômico, deve ser subsidiada por uma eficiência política, a eficiência na atuação estatal; uma eficiência social, na busca da universalização e melhoria da qualidade dos serviços e bens, públicos e privados; eficiência administrativa, perceptível na qualidade da execução de políticas públicas.

<sup>131</sup> FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91-92.

<sup>132</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 47.

<sup>133</sup> FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62.

<sup>134</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 1-20, jul. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43325>>. Acesso em: 15 maio 2019.

Essas eficiências só são alcançáveis através de uma sociedade solidarizada através da democracia.

O Estado percebeu-se lento demais e sem o conhecimento necessário para acompanhar o progresso e complexidade social. Ao abarcar diversas atividades, de modo a sobrecarregar a Administração, o Estado percebeu-se ineficiente, de modo que a “Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil”.<sup>135</sup>

Esse novo modelo traz consigo novas preocupações e horizontes. Vasco Manoel Pereira da Silva coloca como problematizações o crescimento do Estado e das suas funções, com o objetivo de redefinir o seu papel e a extensão do seu aparelho; a importância da sociedade civil, em uma tendência de devolução a esta de diversas atividades antes prestadas pelo ente político; a participação dos indivíduos na tomada das decisões políticas. De outra forma, “está-se, pois, perante um novo pacto social, que implica o reequacionamento do papel do Estado na sociedade, assim como a necessidade de proteção integral e eficaz do indivíduo perante toda e qualquer forma de poder.”<sup>136</sup>

Sérgio Guerra<sup>137</sup>, ao mencionar Enrique Saraiva, afirma que se deve encontrar modelos administrativos que envolvam ações e projetos que contenham: a) técnicas e instrumentos capazes de acompanhar as transformações ocorridas na sociedade e na economia em face do contexto nacional e internacional globalizante; b) a exigência pela qualificação dos serviços e atividades públicas; c) propiciar formas mais ágeis de interação entre o Estado e a sociedade, através das tecnologias de informação e comunicação; d) fortalecer as decisões nos diversos níveis de governo, principalmente o municipal, através da exigência da descentralização política e econômica; e) a melhora dos sistemas regulatórios com o objetivo de propiciar a cooperação entre os setores público e privado; f) estabelecer formas de acesso aos cidadãos à decisão, à implementação e ao controle, assegurando a participação e a transparência; g) fortalecer a cooperação entre o Estado e as organizações da sociedade civil.

Essa relação entre a democracia social e a eficiência deve encontrar seu equilíbrio nesses novos espaços de atuação administrativa, cujos objetivos traçados devem estar

---

<sup>135</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 48.

<sup>136</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 124-125.

<sup>137</sup> GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 100.

vinculados aos dispositivos constitucionais<sup>138</sup>. Isso quer dizer também que a nova vertente assumida pelo Estado contemporâneo, o paradigma pós-social, deve inserir na sua sistemática os novos conceitos-chave da dogmática juspublicística democrática: flexibilidade, eficiência, publicidade, responsabilidade, transparência e socialidade<sup>139</sup>. Conforme ensina Daniela:<sup>140</sup>

Através do processo de democratização do Estado, a fragmentação administrativa vem acompanhada de uma transferência de poderes de decisão político-administrativos ou, tão somente, administrativos, garantidos por um conjunto de normas e princípios previstos pela própria Constituição. Desta forma, *a Constituição passa a garantir espaços de fragmentação decisória e administrativa, como um dos pressupostos do próprio processo de abertura democrática. A previsão constitucional deste processo fragmentário da Administração Pública vem acompanhada da previsão de maior competência decisória dos órgãos e das pessoas jurídicas/coletivas e também de uma maior participação da sociedade civil local, seja através de consultas à própria população, seja através de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, na busca por uma melhor prestação de serviços.* (grifo nosso)

Bandeira de Freitas<sup>141</sup> afirma ainda que esses princípios políticos-administrativos têm base no: a) pluralismo organizacional, decorrente de um pluralismo político, o qual a nossa Constituição democrática prevê como fundamento da República Federativa do Brasil; b) a autonomia ser reconhecida como valor e princípio previsto pela Constituição, a qual pode ser percebida na autoadministração e autogoverno; c) os cidadãos passarem a participar das decisões administrativas; d) busca da superação da legalidade formal, de modo caminhar em direção à juridicidade, conferindo maior legitimidade funcional e decisória à Administração Pública; d) na superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A ideia do pluralismo surgiu da decadência do sistema jurídico monista, cuja decorrência recorre ao Estado moderno e está pautado no Estado como fonte única (monopólio)

<sup>138</sup> Ver FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 90.

<sup>139</sup> Ver FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 90. Essa nova conjuntura do Estado brasileiro, promovida pelo novo constitucionalismo, coloca a Administração Pública imiscuída nos seguintes princípios: a) Pluralismo, com a criação de diversos centros de decisão administrativa, sob a tutela da juridicidade; b) socialidade, vista no dever de concretização do bem-estar coletivo e individual, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo central do sistema; e c) democracia, agora também perceptível no âmbito da Administração Pública, consubstanciada: I) “na participação (objetiva e subjetiva) dos cidadãos no processo de decisões administrativas”; II) na legitimidade e validade das decisões e escolhas do administrador ao bloco de legalidade (juridicidade); III) na “procedimentalização dos processos decisórios”, o que implica uma administração mais voltada aos princípios da publicidade e da participação.

<sup>140</sup> FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 100-101.

<sup>141</sup> FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 96.

da criação normativa. Nas sociedades contemporâneas, o Estado abre o sistema jurídico ao espaço público para a atuação dos diversos atores sociais<sup>142</sup>.

Há a superação da autolegitimação do sistema jurídico, o qual era pautado pelo sistema legal-racional, que prezava pela legitimação formal do direito, de acordo com o seu processo de criação, ausente da esfera externa ao seu domínio, para uma heterolegitimação, cujo fundamento racional é buscado tanto na esfera pública quanto pelas informações perpassadas pelos diversos sistemas sociais autônomos.

No pluralismo, o Estado aceita outras fontes do direito, em diversos níveis. Por outro lado, Chevallier afirma que o direito monológico da modernidade, com base em um modelo hierárquico e piramidal, é precedido por um direito dialógico, repousando na “transitividade” e com base horizontal, em forma de rede<sup>143</sup>.

No entanto, essa mudança de modelo deve decorrer da vontade estatal em atribuir competência (procedimento de concordância) às entidades autônomas para atuar aberta à sociedade, mas sob o seu controle. Isso serviria como uma forma de o Estado manter a posição central e garantir a coesão social perante os efeitos desestruturantes da globalização<sup>144</sup>.

Há uma tendência no mundo contemporâneo da ação estatal menos agressiva, coercitiva e repressiva em troca da adoção de estímulos à obtenção dos resultados pretendidos. O direito moderno, visto como uma ordem de coerção<sup>145</sup> em um sistema piramidal, no qual o Estado é sede de toda a juridicidade, dá lugar a um sistema caracterizado por ser um direito entrelaçado e em rede, sob diversas fontes, em que há uma interação estatal com os diversos atores sociais, sendo imprescindível um sistema aberto, plural e flexível<sup>146</sup>.

A democracia pluralista<sup>147</sup> e participativa pressupõe a abertura democrática da Administração Pública, que tem como fundamento a rejeição aos modelos clássicos e

---

<sup>142</sup> Daniela Bandeira de Freitas afirma que antes o Estado não se abria à sociedade pois entendia que o interesse público deveria ser determinado por si próprio, sem a interferência da sociedade. FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 109.

<sup>143</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 144-145.

<sup>144</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 155.

<sup>145</sup> O ordenamento jurídico visto como um sistema normativo, por excelência, vê a norma jurídica como um dispositivo deontológico com o objetivo de obrigar, permitir ou proibir o destinatário a praticar determinada conduta, cuja inobservância há uma sanção a ser aplicada.

<sup>146</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 166.

<sup>147</sup> Daniela Bandeira de Freitas afirma que “O pluralismo social que permitiu o ingresso de forças sociais no processo democrático de decisões políticas, inicialmente através do alargamento do sufrágio e, recentemente, através da participação individual ou coletiva na tomada de decisões administrativas, demandou e demanda, cada vez mais, uma fragmentação organizacional e funcional da Administração Pública de forma a respeitar o pluralismo e as diferenças regionais, locais e sociais e, com isso, concretizar o princípio da autonomia administrativa, como um dos vetores da democracia moderna participativa e deliberativa”. FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 80.

centralizados, assim como do modelo do Estado Social, ineficiente na prestação e universalização dos serviços públicos. Assim, ocorre – amplia-se – a descentralização e fragmentação administrativa com uma progressiva abertura democrática. No entanto, essa vertente, pelos paradigmas “modernos” dos sistemas político e jurídico, sofre um déficit de legitimidade e, por isso, a um só tempo, concede à sociedade a possibilidade de prestar serviços públicos e atuar nas diversas tarefas administrativas e na atividade econômica. A administração pública abre-se à sociedade, em uma interação dialógica entre ambas para uma melhor – e mais democrática – prestação de serviços à própria sociedade.

Da mesma forma que o ente político necessita evoluir para acompanhar o desenvolvimento, pluralidade e complexidade social; a legitimidade e o conceito de democracia evoluem para acompanhar essa mesma sociedade: se no Estado Social buscou estar mais próximo ao cidadão, no modelo Pós-Social aproxima-se ainda mais do cidadão/sociedade, só que agora com a convocação destes a atuar no lugar do próprio Estado ou com a ajuda na consecução do interesse público, sob a fiscalização e direcionamento estatal.

Nesse sentido, Estado democrático contemporâneo é fundado sob os pressupostos da Administração Pública dialógica, sob um direito flexível, a Administração Pública participativa e a legitimação pelo procedimento democrático da função administrativa. E sem abandonar os direitos alcançados no Estado de bem-estar, acrescenta ao ente político o pluralismo dos poderes políticos e administrativos e, por conseguinte, um pluralismo na organização da Administração Pública e a divisão político-territorial do Estado.

A ascensão da democracia substantiva através da participação da sociedade civil na Administração Pública, seja por meio da prestação da atividade econômica (sentido amplo) seja pela participação nos processos políticos de decisão, representa uma das principais transformações da Administração Pública no final do século XX e acarreta a sua responsabilização pública. Essa nova Administração, aberta à sociedade, supera a legalidade estrita e segue em busca de uma nova ordem de valores, provenientes da ordem constitucional.

### **2.3.1 A Administração Participativa**

Em virtude do fracasso dos modelos anteriores, decorrente da crescente exclusão econômica e/ou social de parcela da população, da crise da democracia representativa<sup>148</sup> e do

---

<sup>148</sup> A crise de representação (princípio da delegação), conforme Jacques Chevallier, “mostra que essa concepção está ultrapassada: reputa-se que a lógica democrática implica doravante uma presença muito mais ativa do cidadão nos mecanismos políticos, por meio da extensão da democracia semidireta, assim como o surgimento de novas

crescente índice de corrupção e atuação com fins privados dos agentes públicos, a prevalência da Administração fechada, burocrática, centralizada e hierárquica, conduzido pelo exercício – muitas vezes cego – da imperatividade, dá lugar à nova Administração Pública. Esse novo modelo busca adequar essas inquietações com a sociedade do mundo contemporâneo, cada vez mais plural e complexa, com o objetivo de aproximar do Estado do cidadão/sociedade, abrir a gestão pública a estes e torná-la mais eficiente.

Esses objetivos só são possíveis em decorrência da nova concepção de gestão pública, privilegiadora da abertura democrática, com o direito mais flexível, eficiente e orientado pelo consenso da sociedade<sup>149</sup>. Assim, a Administração centralizada e hierárquica vai, passo a passo, concedendo espaço para uma Administração mais horizontal e descentralizada, calcada no diálogo entre Estado e particular.

O fator jurídico essencial para essa mudança foi o surgimento e crescimento do movimento constitucional e, por conseguinte, a constitucionalização do Direito Administrativo. Essa nova visão do Direito ocasionou um alargamento dos limites do princípio da legalidade, de uma obediência apenas ao seu aspecto formal para uma vinculação a todo o ordenamento jurídico, com privilégio da esfera axiológica, cujo núcleo central é a dignidade humana, a qual irá pautar e orientar a ação dos agentes do poder público.

O novo constitucionalismo (re)introduz uma visão antropocêntrica do Direito. Logicamente que, nessa relação cíclica entre Direito e sociedade, esse novo movimento constitucional decorreu de anseios sociais por mudanças, as quais vieram com o objetivo de ajudar na evolução dessa mesma sociedade. Busca-se evoluir nos aspectos considerados negativos – ou que não deram certo – no modelo administrativo oitocentista, mas sem esquecer suas vitórias e conquistas, tais como o princípio da legalidade. No entanto, estas “vitórias” devem ser lidas, interpretadas e aplicadas levando em consideração a sociedade atual, contemporânea.

Um dos pilares dessa mudança é o princípio da eficiência. A saída de uma visão mais formal do Direito para um Direito mais pautado no aspecto do material, prezando pela concretização do conteúdo valorativo das suas normas, tem no princípio da eficiência a sua diretriz. A Administração Pública deve ser vista como um meio para a concretização das

---

possibilidades de intervenção na tomada das decisões e no funcionamento do aparelho de Estado.” CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 228-229.

<sup>149</sup> Gustavo Justino de Oliveira afirma que com o sistema constitucional brasileiro passamos de uma perspectiva unidimensional Estado-súdito, no qual o cidadão não tinha direitos frente ao Estado, apenas deveres; para uma perspectiva bidimensional Estado-cidadão, no qual há direitos e deveres originários do vínculo de cidadania. OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 165.



finalidades do Estado, e não um fim em si mesmo, fora da realidade e da sociedade. O desprezo destas gera uma Administração autista.<sup>150</sup>

A cidadania<sup>151</sup> ativa é corolário dessa nova época. Nela busca-se retirar o cidadão – e a sociedade – da inércia no que se refere à gestão pública para chamá-lo a participar ativamente dessa Administração do século XXI. É o (re)surgimento do princípio republicano<sup>152</sup>, o qual pode ser entendido de acordo com a própria etimologia da sua palavra: *res* (coisa) *pública* (do povo). Ou seja, o princípio republicano tem em sua base o povo como detentor da coisa pública, e nada mais justo o “dono” ser o principal ator da sua administração.

Não admitir essa atuação seria tratar os particulares como incapaz a necessitar da ajuda Estatal para administrar seus próprios bens, quando este (o Estado), na verdade, tem como função se abrir (à) e “guiar” a sociedade para o desenvolvimento social, sem tomar o lugar daquele quando houver a possibilidade de sua atuação. O Estado passa a ser o espaço de discussão e negociação, com a admissão dos diversos grupos sociais e a confrontação dos pontos de vistas para se chegar a um resultado dialogado.

Dessa forma, percebemos que essa nova Administração muda a forma de o Estado se relacionar com a sociedade, assim como daquele intervir nesse meio social e econômico: a atuação/intervenção do Estado só se justifica em prol dos indivíduos/sociedade, a qual para poder ser considerada válida deve obedecer a um novo leque (paradigma) valorativo presente na Carta Magna, quais sejam: participação da sociedade civil, transparência/publicidade, moralidade, motivação, eficiência, impessoalidade, dentre outros.

O conceito de soberania, nas sociedades plurais, deixa de ser observado apenas no pleito eleitoral (aspecto negativo) e passa a ser observado nos procedimentos administrativos, pela dimensão de interesses de cada cidadão, com o fortalecimento – indispensável – da

<sup>150</sup> Conforme o dicionário, o autismo é a “polarização privilegiada do mundo dos pensamentos, das representações e sentimentos pessoais, com perda, em maior ou menor grau, da relação com os dados e as exigências do mundo circundante.”

<sup>151</sup> Jacques Chevallier afirma que a cidadania “é um conceito essencial e fundador, em torno ao qual foi construído o vínculo político e, mais ainda, o vínculo social, no Ocidente, e isso desde a Cidade grega.” CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251. Segundo o autor, a cidadania é o conceito chave para a organização política e para a democracia, sob o qual irá justificar e legitimar o poder. “Ela significa que a diversidade das origens e das referências, é sobre determinada na ordem política pela existência de uma ‘comunidade de cidadãos’, que dispõem de direitos idênticos. Ademais a cidadania também deve ser apreendida na relação entre indivíduo e coletividade, sustentada pela força moral do civismo, no qual o indivíduo é visto de forma individual perante a coletividade, com direitos e deveres, de acordo com os valores escolhidos por esta. Ademais, “a cidadania apresenta-se como um estatuto, mais ou menos interiorizado por cada qual ao termo de um processo de aprendizado, que fica as modalidades e as formas de pertinência ao grupo de referência.” CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 252.

<sup>152</sup> Ver: AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (Estado e Constituição, Volume 4).

observância dos valores constitucionais da Administração Pública<sup>153</sup>. Assim, apesar da soberania nacional ter sido relativizada e “diminuída” em face da globalização econômica, há um fortalecimento da soberania popular quando passamos a exigir, dentro dos procedimentos estatais, a observância de “regras do jogo” que privilegiem a participação, a transparência e motivação, para que se possa resgatar a legitimidade democrática e exercer um efetivo controle social sobre os atos estatais.

Poderíamos dizer que houve uma “virada cidadã”, na qual se preza por uma atuação mais positiva (ativa)<sup>154</sup> do cidadão na sociedade, seja através dos processos de decisão (de escolha) seja através do controle social, ou ainda por meio da prestação de serviços públicos ou de interesse público por particulares; em detrimento da atuação negativa, auferível apenas no pleito eleitoral.

A democracia participativa deve ser observada sob a perspectiva da prestação de serviços e tarefas inicialmente públicas pela sociedade. Entendemos que não cabe ao Estado agir quando a sociedade pode resolver seus conflitos por si própria. Ora, em regra, a atuação do Estado corresponde à alguma supressão da liberdade dos indivíduos e, por conseguinte da própria sociedade. Assim, cabe ao Estado agir, atuar e prestar serviços quando indispensáveis à sociedade, em que esta não pode resolver por si própria, seja de forma total seja de forma parcial a determinada parcela da população. De outra forma, não cabe ao Estado – através da Administração Pública, no caso – agir quando a própria sociedade é capaz de solucionar a situação, sem intervenção forçada estatal. Isto é o próprio exercício de uma democracia participativa.

Houve uma descentralização da organização administrativa e política e das funções estatais. O princípio democrático, como base da ideia de Estado de Direito e entrelaçado com o conceito de sociedade, também é refeito, revisto e/ou revisado. Não obstante surgir diversos questionamentos, cabe a discussão sobre a incidência jurídica dessa descentralização e

---

<sup>153</sup> Conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “nessas sociedades abertas, enfim, o homem, com as pessoas morais de sua criação, e a sociedade, como sua expressão coletiva, são os seus protagonistas democráticos, que interagem com os entes e órgãos estatais e transestatais de todo gênero. Nelas, portanto, o conceito de ordem soberana, assim dramaticamente alterado, ao se pluralizar, assume o que se poderia definir como uma dimensão geojurídica dos interesses próprios de cada cidadania e, no processo, ainda mais se enriquecendo pela derivação de novos valores”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 29.

<sup>154</sup> Jacques Chevallier afirma que a concepção de cidadania “foi superada: uma concepção mais flexível e mais tolerante da cidadania tornou-se indispensável, tendo em conta a dinâmica de evolução das sociedades contemporâneas; a cidadania tende a ser concebida como uma cidadania ‘ativa’, implicando uma influência real sobre as escolhas coletivas, ‘alargada’ pela abertura em direção a novos direitos e novos beneficiários, ‘tolerante’, por autorizar uma margem maior de operação, ‘desintegrada’, passando por diversos locais de sociabilidade, ‘plural’ enfim, porque compatível com vários princípios de identificação”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 258.

delegação das funções estatais, desde os limites da delegação até o regime jurídico a ser observado. Apesar de entender de forma positiva essa nova interação com o objetivo de concretizar interesses públicos, faz-se imprescindível a discussão sobre o regime jurídico dessas novas formas de atuação, bem como os limites e controles.<sup>155</sup>

Não podemos deixar de afirmar que o modelo tradicional de Estado é ineficiente para concretizar as diversas funções assumidas. A delegação de funções públicas a entes privados faz-se cada vez mais necessário, com o objetivo de buscar uma atuação conjunta na busca pelo interesse público. Da mesma forma, é inegável que os mecanismos do regime jurídico de direito privado possibilitam uma atuação mais célere e com melhores resultados. Entretanto, o questionamento a ser feito é se este regime jurídico pode ser utilizado pelas instituições públicas ou privadas que atuem na concretização de funções públicas, bem como se os resultados seriam igualmente alcançáveis ou se iria favorecer a quebra do princípio da isonomia e moralidade, e, por conseguinte, o aumento da corrupção.<sup>156</sup>

Com a abertura democrática da Administração Pública, no sentido da descentralização dos serviços, o poder público passa a estar de forma mais aberta, sob os paradigmas da participação, transparência, publicidade, moralidade e etc.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, em discurso proferido na solenidade de instalação do Conselho de Reforma do Estado, ressalta a importância da democracia participativa na nova Administração gerencial, com a necessidade de serem ouvidos os diversos setores da sociedade, os quais sustentam o próprio Estado moderno. In verbis:

*Hoje, a Administração requer também uma visão, digamos, gerencial, na medida em que incorpore o que foi gerado pelo setor privado como forma de organização, que quer ver o resultado e que confia no administrador, desde que ele preste contas depois dos seus resultados.*

*Isso é importante, mas também não é suficiente, porque não se trata apenas de substituir um modelo patrimonialista, burocrático, por uma burocracia racional-legal e de cunho gerencial, mas se trata de algo que tem que incluir essas dimensões novas, mas também de uma participação mais ativa dos corpos que não são corpos do Estado*

<sup>155</sup> Conforme Jacques Chevallier, o modelo democrático liberal conhece, então, um processo de adaptação, sobre quatro pontos pelo menos: “primeiramente, a legitimidade que os representantes extraem da eleição não poderia autorizá-los a se liberarem das regras que dão fundamento a seu poder e enquadram o seu exercício (seção 1); em seguida, a concentração do poder que se produziu no decorrer do século precedente é contrabalanceada pelo restabelecimento de contrapesos, traduzindo uma concepção mais exigente da democracia (seção 2); o enfraquecimento dos dispositivos tradicionais de mediação entre governantes e governados é compensado pela explosão das tecnologias da informação e da comunicação, que modifica o sentido da relação com o poder (seção 3); por fim, uma concepção mais flexível e mais tolerante da cidadania emerge progressivamente da dinâmica de evolução das sociedades contemporâneas (seção 4)”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 200-201.

<sup>156</sup> Em 29 de junho de 1990, na Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa (CSCE), os países participantes reconheceram a importância essencial da democracia pluralista e do Estado de direito para garantir o respeito a todos os direitos dos homens e a todas as liberdades fundamentais.

*e que são organizados, ou quase organizados. Às vezes, são até movimentos. Não chegam a gerar, ainda, instituições, mas têm que ser ouvidos na Administração moderna e no modo pelo qual o Estado moderno se sustenta. (grifo nosso)<sup>157</sup>*

Na recomendação de 31 de maio de 1996, do Conselho da Reforma do Estado, afirma-se a decadência do sistema burocratizante do antigo estativos e a necessidade de substituição por um Estado menos intervencionista, o regulador, sob novos critérios e formatos mais democráticos.

Em suma, a Administração Pública se torna o local, o espaço público, para essa nova democracia participativa ao outorgar à sociedade e ao cidadão espaço - cada vez maior - não só para participar da (e controlar a) gestão da coisa pública e para o auxílio da tomada de decisão de interesse público, mas também na prestação dos serviços e tarefas públicas e de interesse público. E, assim, preenche-se a lacuna deixada pela democracia representativa.

### 2.3.2 A Administração Pública dialógica<sup>158</sup> e o direito flexível

A regulação das atividades econômica e social se distingue da intervenção em sentido estrito por consistir em uma atuação indireta do Estado. No entanto, na regulação o Estado diminui a intervenção através do poder extroverso, como no modelo interventivo clássico. Sua função passa a consistir em amortecer tensões, supervisionar o jogo econômico, compor conflitos, manter o equilíbrio do setor regulado<sup>159</sup>, além de direcionar e harmonizar a atuação do particular para a consecução do interesse público.

A definição do interesse público deixa de ser monopólio do Estado para passar a ser estabelecido por um consenso-negociação entre o órgão regulador e os agentes do mercado (setor empresarial, consumidor e governo). Não há mais uma imposição “de cima para baixo”, decorrente de uma entidade fechada, centralizada e hierárquica, da definição do interesse público; este passa a ser uma definição no sentido horizontal através de um processo consensual e comunicativo, em que seja valorizada a participação dos administrados no processo de decisão, dentro de uma Administração aberta à sociedade.

<sup>157</sup> BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **O Conselho de Reforma do Estado**. Brasília: MARE, 1977. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, nº 8). Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2019.

<sup>158</sup> Entendemos a Administração Pública dialógica como aquela pautada por uma atuação mais dialogada com os atores sociais e econômicos envolvidos, no qual o Estado permite uma intervenção comunicativa com o objetivo de definir as medidas administrativas a serem determinadas. Sobre a Administração Pública dialógica, ver: LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>159</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

Conforme Chevallier<sup>160</sup>, a formalização jurídica da regulação econômica, consistente na regulamentação (rule-making), fiscalização (monitoring), alocação dos direitos (adjudication) e a composição de litígios (dispute resolution), diferencia-se da regulação clássica, pois tem como pressuposto um direito mais maleável, pragmático, flexível, elaborado em uma relação estreita entre os reguladores e regulados, com a atuação do Estado no papel de guia e com a contínua revisão em face dos resultados obtidos. Isso decorre de uma tendência não só do Direito, mas da sociedade no sentido da busca do estreitamento da relação entre o Estado e os particulares e, por conseguinte, uma intervenção cada vez menos agressiva<sup>161</sup>.

A coerção estatal dá lugar a uma nova concepção de ordenamento jurídico, cujas novas técnicas se afastam da rigidez normativa e se pautam na negociação, flexibilidade<sup>162</sup>: o direito passa a ser um guia, direcionamento/objetivo a ser seguido/atingido; passa a formular recomendações a serem respeitadas, sem força obrigatória; a ser um instrumento jurídico combinado com as demais ciências para a utilização a favor da sociedade<sup>163</sup>. A norma jurídica tende a trocar o caráter imperativo pela busca da adesão, a aceitação social, conferindo-lhe uma maior qualidade perante aos seus destinatários.

André-Noël Roth afirma que esse ordenamento jurídico terá uma estrutura em dois níveis: o primeiro nível corresponde à formulação dos fins; enquanto o segundo, a disposições

<sup>160</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

<sup>161</sup> Chevallier ensina que a eficácia normativa foi comprometida pela crise da razão jurídica e, assim, a força do direito deixa de ser buscada em uma ordem obrigatória, coercitiva para depender do consenso pelo qual ela é obtida, no qual haja a participação dos interessados no processo de elaboração normativa. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 164.

<sup>162</sup> Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, essa mudança do sistema jurídico só é permitida pela evolução do princípio da legalidade para o da juridicidade. Tais mudanças no direito veem com o objetivo de atender “às crescentes demandas próprias da complexidade e do pluralismo da vida contemporânea, densamente organizada em sociedades cada vez mais conscientes e atuantes, bem como às suas céleres e profundas mutações”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52. Jürgen Habermas conceitua o direito flexível como a “delegação do poder de negociação para partidos em disputa e a introdução de processos quase-políticos da formação da vontade e do compromisso. Com esse tipo de regulação, o legislador não quer mais atingir imediatamente objetivos concretos; ao invés disso, as normas procedimentais que orientam o processo devem colocar os envolvidos em condições de regular seus assuntos por conta própria. Esse modo reflexivo de desformalização em dois degraus tem a vantagem de uma maior flexibilidade, propiciando, ao mesmo tempo, maior autonomia dos destinatários do direito”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Volume 2). p. 204. E Chevallier acrescenta “enquanto o direito moderno ‘de tipo formal’ garantia a autonomia dos atores sociais, esse direito novo, do ‘tipo material’ e ‘de tipo reflexivo’, manifestará ‘concepções regulatórias’, buscando agir sobre equilíbrios sociais. As regras do direito se inscrevem, a partir de então, no quadro de ‘programas completos’, mobilizando um conjunto de meios jurídicos e extrajurídicos ao serviço de objetivos: típico do surgimento de um ‘Estado propulsor’, que pretende agir sobre o social em nome de uma preocupação de justiça, esse direito é caracterizado por uma nova positividade e governado por uma lógica de eficiência; a preocupação de obter os resultados pretendidos justifica, desse modo, o desenvolvimento do processo de negociação com os destinatários (‘direito reflexivo’), tal como a redução das soluções coercitivas (‘direito incitador’), o que modifica em profundidade a estrutura do direito clássico.”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 120.

<sup>163</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 166 e ss.

que permitam decisões dedutivas e descentralizadas. O autor afirma que o segundo nível é responsável pelas principais alterações/ inovações do sistema ao permitir processos discursivos (e racionais, de conteúdo material) dentro de sistemas sociais específicos, tal como a economia, saúde, etc. Para ele, “somente através de sistemas ‘de discursos’ é que os representantes dos interesses afetados serão dirigidos para o descobrimento de interesses comuns, e encontrarão as soluções que necessitam”<sup>164</sup>

Essa mudança de direção, de um direito coercitivo para um direito dialógico, flexível e/ou brando, é uma das decorrências de uma sociedade cada vez mais governada pela ciência, através de aspectos técnicos da vida social e econômica<sup>165</sup>.

No entanto, a competência técnica dependerá da competência normativa em uma relação complementar e imbricada que, por um lado, a juridicização de *standards* técnicos garantirá o efeito pleno do critério técnico e, por outro lado, a tecnização da norma jurídica dará respaldo à eficácia.<sup>166</sup>

O papel do Estado passa a ser a atuação como guia, dando indicações ou promovendo incitações (não coativas), quanto ao conteúdo das normas, assim como controlar os procedimentos de negociação (garantindo a racionalidade discursiva).

No entanto, essa “regra do direito” se diferencia do modelo clássico, conceituado como disposições deontológicas, cujo objetivo é obrigar, permitir ou proibir determinada conduta humana, que na inobservância, há de ser aplicada uma sanção. O modelo atual propugna por uma atuação conjunto com a sociedade<sup>167</sup>, em uma interação estreita entre o Estado e sociedade na busca do interesse público e/ou social, com a menor agressão possível às liberdades individuais (princípio da proporcionalidade/razoabilidade), seja a livre iniciativa ou o direito de propriedade.

Nesse sentido, por reduzir liberdades fundamentais, tal como a livre iniciativa e o direito de propriedade, essa norma “flexível” tem no diálogo entre os agentes econômicos e o

<sup>164</sup> ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23.

<sup>165</sup> Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma também colocam, de forma acertada, a administração pública consensual e o Estado Democrático de Direito como fatores da relativização do paradigma da imperatividade. SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011.

<sup>166</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 168.

<sup>167</sup> Chevallier afirma que “assiste-se nas sociedades contemporâneas ao desenvolvimento de uma ‘direção jurídica autônoma de condutas’, pela qual os assujeitados são convidados a participar da definição das normas às quais são submetidos: o direito tenderia a se tornar ‘uma espécie de técnica de cogestão de condutas’, produto de um diálogo permanente entre governantes e governados”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165.

ente regulador a fórmula para a sua legitimidade. A deslegalização/delegação de competências normativas à *experts* consistiria em uma arbitrariedade estatal se buscasse uma observância social, sem a busca, no processo normativo, de soluções debatidas entre os interessados e/ou destinatários da norma a ser produzida.

Por outro lado, a redução do poder extroverso em face de uma regulação imposta de forma reflexiva, branda, negocial, importa uma mudança na relação do Estado com a sociedade, com uma maior horizontalidade e menor verticalidade, representando a democratização da atividade normativa.

### 2.3.3 Os princípios constitucionais legitimadores do Estado Pós-Social<sup>168</sup>

Na última metade do século passado,<sup>169</sup> os princípios passam a constituir uma espécie do gênero norma jurídica. Se no positivismo jurídico de Norberto Bobbio, os princípios eram entendidos como mandamento nuclear do sistema, com a função de fundamentar as normas e atuar nos espaços vazios deixados pelas regras, atualmente entende que eles são espécies de normas jurídicas, tais como as regras.

A Constituição é o centro do sistema jurídico, parâmetro de validade de todas as normas, a atuar de forma aberta à realidade, através das suas regras e princípios<sup>170</sup>, com aplicabilidade direta e imediata.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> Alguns princípios aqui abordados foram discutidos pelo autor no trabalho “**Os Princípios na Ordem Econômica da Constituição Federal**”, decorrente do Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

<sup>169</sup> Ver: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 18 maio 2019. p. 2; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 26; BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. p. 5. Para uma leitura mais aprofundada sobre o neoconstitucionalismo, ler: MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas e constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. Para uma leitura sobre o positivismo, ler: KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995; BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001; e BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

<sup>170</sup> GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. p. 118.

<sup>171</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 329.

Os princípios trazem em seu bojo os valores presentes no seio da sociedade<sup>172</sup> com a função de garantir a esfera axiológica, a justiça do sistema jurídico, bem como a abrir o sistema jurídico à realidade, além de orientar a hermenêutica constitucional. Ou seja, os princípios espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e seus fins. Podem ser entendidos, pois, como normas que “protegem” determinados valores consensuais no seio social ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. Os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, dando-lhe unidade e harmonia, integrando suas diferentes partes e atenuando os conflitos normativos.<sup>173</sup>

Em sendo assim, os princípios prescrevem valores, possuindo uma maior abstração, o que possibilita a “adaptação” da Constituição às mudanças ocorridas na sociedade. Ou seja, são os princípios que garantem a renovação (mutação<sup>174</sup>) da Constituição a partir da hermenêutica constitucional, que deverá pautar-se em virtude do momento histórico e de cada sociedade.

A abstração dos princípios permite, a depender do caso, o seu delineamento por normas inferiores, de modo a fechar o sistema jurídico e uma mudança mais célere. Dessa forma, a atualização do sistema jurídico é possível sem que a Norma Fundamental – no qual estão inseridos os valores sociais – seja alterada. Essa abstração principiológica e os conceitos normativos indeterminados possibilitam também a abertura do ordenamento jurídico a partir de decisões judiciais no caso concreto e abstrato, pelo controle de constitucionalidade.

A abstração principiológica será deveras importante na seara da ordem econômica e social (mundo do ser), em que a Constituição prescreve diversos princípios a serem observados pelo legislador constituinte e infraconstitucional e os intérpretes da Constituição, de modo a possibilitar que o livre jogo político democrático atue ora intervencionista ora mais liberalizante, a depender do programa político escolhido pelo povo nas eleições e a necessidade econômica e social do Estado. A Constituição estabelecerá limites a serem observados por seus aplicadores, como os limites de um quadro, a ser desenhado por cada momento histórico e a necessidade de cada sociedade.

---

<sup>172</sup> Eros Grau afirma que os princípios fazem parte do direito pressuposto, ou seja, são os valores e ideologias presentes na cultura social. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59 e ss.

<sup>173</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 29.

<sup>174</sup> A mutação só ocorre porque “o direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 59. Daí podermos depreender que “a interpretação não é mais do que a reconstrução do pensamento do legislador” SAVIGNY *apud* GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65.



Em relação à Administração Pública, esta tem o caráter instrumental cujo objetivo é concretização dos direitos fundamentais. Assim, ela tem certa liberdade de agir e organizar-se, observado os limites jurídicos previstos pelo ordenamento. Os princípios, por sua vez, passam a ter certa importância em virtude das diversas “funções” assumidas, seja dar a diretriz ao governo seja estabelecer limites ao governo, dentro do qual ele agirá a partir da sua discricionariedade, seja para estabelecer garantias aos cidadãos, bem como outras funções.

### *Observações de Dworkin*

Para Dworkin, nos casos difíceis, os profissionais do direito não usam nem regras nem princípios, mas fazem uso de pautas (*standards*), que funcionam como regra, mas atuam de forma diferente, como os princípios, diretrizes (*standards*) ou outra espécie de pauta. Então, ele propõe-se a usar o termo “princípio” como um gênero para se referir ao conjunto: standards, princípios, diretrizes.<sup>175</sup>

O autor afirma que as diretrizes estabelecem objetivos a serem alcançados, normalmente de natureza econômica, social ou política. Os princípios, por sua vez, devem ser observados por consistirem em um imperativo de dimensão moral, como a justiça, honestidade etc.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44.

<sup>176</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50 e ss.

Conforme o critério de Dworkin, são princípios, por exemplo, o art. 1º, *caput e incisos*,<sup>177</sup> art. 2º;<sup>178</sup> art. 4º;<sup>179</sup> art. 5º, *caput e incisos*;<sup>180</sup> art. 170, *caput* (parcialmente) e incisos<sup>181</sup> da Constituição Federal brasileira de 1988; e são diretrizes, por exemplo, o art. 3º,<sup>182</sup> art. 4º, parágrafo único;<sup>183</sup> art. 170, *caput* (parcialmente). A dignidade da pessoa humana, por sua vez, comparece, no art. 1º, inc. III, como princípio e no art. 170, *caput*, como diretriz.

---

<sup>177</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

<sup>178</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>179</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

<sup>180</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

<sup>181</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

<sup>182</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>183</sup> “Art. 4º (...)”

(...)

### *Observações de Canotilho*

Canotilho, ao estudar a Constituição da República Portuguesa, classifica os seguintes princípios constitucionais:

a) Princípios jurídicos fundamentais: são “os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.<sup>184</sup> Aqui estão compreendidos os princípios da publicidade dos atos jurídicos; da proibição do excesso – o que importa exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos; o princípio do acesso ao Direito e aos Tribunais; o princípio da imparcialidade da Administração, dentre outros. Ex: art. 5º, XXXV e LV;<sup>185</sup> art. 37, caput,<sup>186</sup> CFB/88;

b) Princípios constitucionalmente conformadores: são os “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.<sup>187</sup> São princípios constitucionais conformadores os princípios definidores da forma de Estado (onde os princípios da organização econômico-social; os princípios definidores da estrutura do estado); unitário ou federal, com descentralização local; os princípios estruturantes do regime político (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista etc.; e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral); a separação e interdependência dos poderes, princípios eleitorais etc. Ex: art. 170 (forma do estado); art. 1º, caput (estrutura do estado); art. 1º, inc. V (regime político); art. 2º e 14<sup>188</sup> (forma do governo e organização política), CFB/88;

---

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

<sup>184</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.165-1.166.

<sup>185</sup> “Art. 5º

(...)”

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)”

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>186</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)”

<sup>187</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.166.

<sup>188</sup> “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)”

c) Princípios constitucionais impositivos: “subsumem-se todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõem-se aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.”;<sup>189</sup> São princípios dinâmicos e muitas vezes designados por preceitos definidores dos fins do Estado, princípios diretivos fundamentais ou normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas. Ex: art. 3º e art. 170, caput (assegurar a todos existência digna), CFB/88.

Esses princípios, na medida em que impõem a realização de fins a órgãos estatal, atuam da mesma forma que as diretrizes, de Dworkin, e as normas-objetivos contempladas no nível constitucional.

d) Princípios-garantia: são princípios que visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. São atribuídas a eles a densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa, estando o legislador estreitamente vinculado a sua aplicação.<sup>190</sup> Ex: art. 5º, inc. III, VIII e XXXIX,<sup>191</sup> CFB/88.

#### *Observações de Alexy<sup>192</sup>*

Alexy procura definir os princípios pela sua estrutura normativa, e não pela sua fundamentalidade, como o faz as doutrinas clássicas. Conforme Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização”: normas que “devem ser realizadas na máxima medida, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (regras e princípios colidentes)”. Dessa forma, os princípios exprimem razões *prima facie* (não é definitivo), pois apresentam razões que podem ser desprezadas por razões opostas.<sup>193</sup>

Nesse sentido, os princípios se diferenciam das regras, que são mandados de definição, pois ou são cumpridas ou não. Elas contêm determinações (definitivas) no âmbito fático ou

<sup>189</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.166-1.167.

<sup>190</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.166-1.167.

<sup>191</sup> “Art. 5º (...)

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

<sup>192</sup> Ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85 e ss.

juridicamente possível. Assim, elas são aplicadas pelo método de subsunção, enquanto os princípios são aplicados pela ponderação.<sup>194</sup>

### 2.3.3.1 O princípio democrático

A democracia econômica pode ser entendida como a inclusão real de toda sociedade na ordem econômica (mundo do ser), mais especificamente no mercado, bem como a concretização dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais. Entretanto, é necessário observar que a concretização de um Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, custam dinheiro e, por isso, é fundamental a atuação tanto da sociedade como do Estado na ordem econômica. A atuação estatal na econômica tem de ter por finalidade a concretização dos direitos fundamentais e os objetivos traçados na Constituição, em seu artigo 3º; e como diretrizes, alguns princípios constitucionais, como a livre concorrência (art. 170, inc. IV, CF/88), a propriedade (art. 170, inc. II, CF/88) e sua função social (art. 170, inc. III, CF/88), o meio ambiente (art. 170, inc. VI, CF/88), dentre outros. Por outro lado, o Estado não pode exercer atividade econômica (art. 170 da CF/88, parágrafo único), salvo em casos excepcionais, com fundamento no imperativo da segurança nacional ou no relevante interesse coletivo (art. 173, caput, CF/88). Em virtude disso, o capital utilizado pelo Estado na busca para satisfazer suas finalidades decorre necessariamente do arrecadado pela tributação.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que o Estado deve atuar na ordem econômica de forma a concretizar direitos fundamentais e os objetivos traçados na Constituição, ele deve atuar com vistas às diretrizes constitucionais e observar as garantias dos cidadãos contra o abuso de poder estatal, as quais atuam como limite ao poder deste. Para Carlos Mota Pinto<sup>195</sup> o princípio democrático no domínio da atividade econômica traduz-se: a) forma de concretização das noções ideológicas recebidas; b) processo de realização dos objetivos definidos; c) modo de execução das tarefas do Estado, através das indicações do sufrágio.

Entendemos que as noções ideológicas recebidas atuarão na escolha dos meios para a concretização dos objetivos constitucionais e dos direitos fundamentais e na forma de execução das tarefas estatais. De certa forma, a Constituição traça um horizonte a ser buscado, dentro de certo caminho (diretrizes). A ideologia dos governantes, exposta nas eleições e presentes no plano do governo, deve ser aprovada pelo crivo popular (art. 1º, parágrafo único, CF/88), bem

---

<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85 e ss.

<sup>195</sup> PINTO, Carlos Mota. **O Direito Público da Economia**. Coimbra: Coimbra, 1980. p. 71-72.

como devem possuir certa eficiência (art. 37, *caput*, CF/88); salvo contrário, haverá responsabilização política. Não se pode esquecer que tais propostas e intenções devem estar atinentes aos mandamentos constitucionais, sob pena de serem declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma, o legislador infraconstitucional, fundado na sua legitimidade democrática,<sup>196</sup> vincula-se pelos fins constitucionais, assim como pelos seus princípios e diretrizes.<sup>197</sup> Cabe à Administração Pública a busca pela concretização desse regime democrático, obedecidos os ditames legais. O ordenamento jurídico estabelece limites intransponíveis na atuação do Estado na esfera administrativa, cujo administrador terá a liberdade de agir dentro desses parâmetros, mas sempre com fulcro de materializar os direitos fundamentais. É interessante observar que a própria Administração Pública, dentre da sua imensa gama de atuação e contratações, pode inserir, dentro na regulamentação referentes aos contratos, modais deônticos para a inclusão social e diretrizes de atuação. O que queremos demonstrar é que a democracia não é materializada apenas no aspecto político, mas principalmente no aspecto social e econômico, dentro de normativas de mercado, bem como de abertura da administração pública à sociedade, em uma relação imbricada e entrelaçada com vistas a materializar direitos fundamentais; de modo que, por outro lado, altera a própria forma de atuação da administração.

#### *2.3.3.1.1 O princípio da participação*

A crise do Estado Social foi causada por diversos fatores, dentre eles a crise econômica, globalização, corrupção, ineficiência do Estado em cumprir a sua função pública prevista no ordenamento jurídico, dentre outros. Uma das respostas para essa crise foi a reforma gerencial da Administração Pública. Desta feita, a sociedade clamou de volta a prestação de tarefas antes deixadas sob total ingerência do Estado. Com isso, expandiu-se a participação popular na Administração Pública, mediante institutos de autorização, concessão, permissão, parceria público privada, terceirização, convênio, dentre outros; o que representou uma forma de conter os gastos da Administração Pública, diminuir a atuação do Estado, buscar uma

---

<sup>196</sup> Princípio da legitimação da intervenção do Estado: a intervenção do Estado deve ser legítima. “razão pela qual o princípio democrático é um princípio da Constituição Econômica Estatutária, e não da Constituição Econômica Programática.” AMORIM, João Pacheco. **Direito Administrativo da Economia**. Coimbra: Almedina, 2014. (Vol. I: Introdução e Constituição Econômica). p. 166.

<sup>197</sup> AMORIM, João Pacheco. **Direito Administrativo da Economia**. Coimbra: Almedina, 2014. (Vol. I: Introdução e Constituição Econômica). p. 167.

eficiência nos resultados e inserir a sociedade na gestão da coisa pública. Assim, é possível observar a mudança de posição da administração pública de agente executor de políticas públicas, para gestor e fiscalizador dos atos praticados por terceiros.

Nesse sentido, o princípio da participação atua de forma complementar ao princípio da democracia representativa, e vice-versa. O princípio da participação é observado em dois momentos da ordem jurídica econômica, tanto no processo normativo decisório das agências reguladoras<sup>198</sup> quanto na prestação da atividade econômica (sentido amplo) pelos particulares com vistas a concretizar a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana do ponto de vista material, ao fornecer melhores produtos e serviços à sociedade (consumidor), principalmente quando atrelado a um mercado com forte concorrência.

Essa pluralização da Administração Pública é essencial para a garantia dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana, assim como ao princípio ético, moral e jurídico-constitucional da justiça, dentro da nova Administração Pública. É uma forma de resgate da participação da própria sociedade na coisa pública, em uma relação com vistas à concretização do interesse público, delineado pelo ordenamento jurídico.

Caso apontado algum déficit de legitimidade seja em virtude de determinadas decisões serem tomadas em instâncias externas ao parlamento, na esfera do Poder Executivo, decorrente da descentralização política-administrativa, esse suposto déficit é fortalecido pelo acréscimo de legitimidade alcançado com a introdução dos atores sociais na Administração Pública, em uma gestão aberta voltada para a consensualidade.

Com foco no ordenamento jurídico brasileiro, no qual a Constituição Federal de 1988 atua como mecanismo de fechamento operacional do sistema jurídico, a democracia participativa é uma decorrência do princípio democrático (parágrafo único do art. 1º da CF), e é expressão da cidadania e do pluralismo político, ambos os fundamentos da República (respectivamente art. 1º, inc. V e II, da CF), assim como da consciência nacional. Sob outro ponto de vista, o princípio ora em comento consiste em uma evolução na gestão da coisa pública (princípio da República), no momento em que concede aos cidadãos a possibilidade de atuar na sua gestão e prestação desses serviços à própria sociedade.

---

<sup>198</sup> Ver meus trabalhos: DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. As agências reguladoras e a democracia participativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 100, v. 913, nov. 2011; \_\_\_\_\_. O processo democrático na produção normativa das agências reguladoras: da discricionariedade técnica à vinculação social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 101, v. 922, ago. 2012; \_\_\_\_\_. As Agências reguladoras e o procedimento normativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Vol. VI).

Como afirmamos acima, entendemos o princípio da participação em os particulares fornecerem produtos e prestarem serviços à sociedade de forma a atender a sua função social, que pode ser observada em três momentos: no atendimento da vontade do consumidor; ao abrir novos postos de trabalho e no pagamento de tributos, essenciais para que o Estado cumpra a sua finalidade.

Para Paulo Otero,<sup>199</sup> sob outra perspectiva, afirma que a privatização da Administração Pública pode também encontrar seu fundamento na exigência do aprofundamento da democracia participativa, em específico “através da afirmação do princípio da participação dos administrados na gestão efectiva das diversas estruturas administrativas ou mesmo a nível decisório”. O autor português complementa<sup>200</sup> que

A privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas, envolvendo uma manifestação de exercício privado de funções administrativas, traduz uma forma de intervenção participativa dos particulares na gestão de estruturas administrativa objecto de titularidade pública.

A democracia económica tem por finalidade a inclusão de toda a sociedade no mercado. Este é entendido como um conjunto de atividades e relações interpessoais, com objetivo económico. A atuação positiva e exclusiva do Estado na prestação de produtos e serviços só é legítima em casos excepcionais, quando os particulares, através de um sistema concorrencial, não possam prevalecer (v.g. monopólio natural) ou por questões de interesse coletivo ou segurança nacional (art. 173, CF/88<sup>201</sup>). De outra forma, se a sociedade, por si só, se autorregula, através da sua livre vontade, de forma a atender suas necessidades, não é legítima, portanto, a atuação positiva – e exclusiva - estatal.

A atuação se dá, nesse caso, de forma negativa, quando os particulares atuarem com abuso de poder de poder económico, tal como prever o artigo 173, parágrafo 4º,<sup>202</sup> CF/88. Ou

---

<sup>199</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. *Studia Iuridica* 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 50.

<sup>200</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. *Studia Iuridica* 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 50.

<sup>201</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade económica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

<sup>202</sup> “Art. 173. (...)

(...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder económico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”



ainda, o papel do Estado será regulatório, com a função de fiscalização, incentivo ou planejamento (art. 174, CF/88)<sup>203</sup>, como afirmado cima.

Nesse sentido, a atuação direta dos particulares na prestação da atividade econômica não só favorece a melhora das relações interpessoais da sociedade e a ampliação do princípio da ampla concorrência, como também concretiza o princípio da livre iniciativa e da função social da propriedade, ao atender aos consumidores (sociedade) com melhores produtos e serviços – consequência natural da livre concorrência -, ampliar postos de trabalho e aumentar a carga tributária.

### 2.3.3.1.2 O princípio da subsidiariedade

Com a mudança de atuação do Estado no domínio econômico – a passagem de um Estado Providência para um Estado Regulador – o princípio da subsidiariedade assume uma importantíssima feição. Amauri Feres Saad<sup>204</sup> coloca-o como um dos mais relevantes princípios para a construção e manutenção de um Estado Democrático de Direito. O autor<sup>205</sup> assevera que

Como primariedade, o princípio da subsidiariedade evoca a ideia daquele que não é o protagonista. No Estado Democrático de Direito, o indivíduo – livre e capaz – é o ator principal, cabendo, ao Estado, somente na falta deste, agir, em seu socorro, subsidiando o primeiro em suas necessidades. O Estado é criação social para servir ao grupo de pessoas que o constitui; nunca o inverso, o que seria próprio das sociedades totalitárias. Como terceiridade, e é essa a nota distintiva dos princípios, significa um modelo normativo de ação estatal, que não pode ser concebido de forma diversa, sob pena de descaracterização do fenômeno (estatal) que serve para designar.

Saad<sup>206</sup> afirma que as raízes da subsidiariedade decorrem da tradição e moral judaico-cristã, as quais foram naturalmente incorporadas à tradição jurídica ocidente, principalmente à brasileira. Apesar da tradição e moral judaico-cristã, a extensão desse princípio apenas foi delimitada com o advento da doutrina social da Igreja Católica, em específico com a encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, o Papa Leão XIII, cuja defesa é a seguinte:

Querer, pois, que o poder civil invada arbitrariamente o santuário da família é um erro grave e funesto. Certamente, se existe algures uma família que se encontre numa situação desesperada, e que faça esforços vãos para sair dela, é justo que, em tais extremos, o poder público venha em seu auxílio, porque cada família é um membro

<sup>203</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>204</sup> SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 146 e ss.

<sup>205</sup> SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 146.

<sup>206</sup> SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 146 e 147.

da sociedade. Da mesma forma, mútuos, que o poder público intervenha para restituir a cada um os seus direitos, protege-los e defende-los como convém. Todavia, a acção daqueles que presidem ao governo público não deve ir além; a natureza proíbe-lhes ultrapassar esses limites.

O autor<sup>207</sup> ainda afirma que, em comemoração ao quadragésimo aniversário da encíclica *Rerum Novarum*, o Papa Pio XI editou a encíclica *Quadragésimo Anno*, com as seguintes lições:

(...) “o homem é anterior ao Estado”, e “a sociedade doméstica tem sobre a sociedade civil uma prioridade lógica e uma prioridade real”. Eis porque o sábio Pontífice declarava também, que o Estado não tem direito de esgotar a propriedade particular com excessivas contribuições: “Não é das leis humanas, mas da natureza, que dimana o direito da propriedade individual; a autoridade pública não a pode portanto abolir: o mais que pode é moderar-lhe o uso e harmonizá-lo com o bem comum”.

Acerca do discurso jurídico sobre a dimensão desse princípio, Silva Faber Torres<sup>208</sup> ensina da seguinte forma:

O princípio da subsidiariedade destaca-se inicialmente, de acordo, em especial, com os autores católicos, como um princípio do direito natural, enquanto montado sobre bases jusnaturalistas e suprapositivas. Sua vinculação, de feito, com a doutrina jusnaturalista se extrai quer de seu fundamento, a liberdade e a própria justiça quer de seu pressuposto, a dita ordem natural ou natureza das coisas (...)

O princípio da subsidiariedade é definido, outrossim, como princípio da ética política. Procura-se, por meio dele, orientar-se a organização da sociedade, de modo a que sejam satisfeitas as exigências da ‘ética geral’. O princípio indica, em suma, os caminhos pelos quais aquela instituição deve ser governada para que, governo e sociedade, sejam morais.

É ainda, um princípio de estrutura e gradação da sociedade, na medida em que institui uma ordem de subsidiariedade, reconhecendo aos entes maiores, de um lado, uma posição subordinada e conferindo, de outro, primazia à responsabilidade, competência e direitos dos membros da sociedade.

Outros exacerbam-lhe o caráter de princípio diretivo da ordem econômica, que informa a relação entre o Estado e o particular no âmbito econômico, visando harmonizar a coexistência da propriedade pública e privada dos bens instrumentais.

O princípio da subsidiariedade, finalmente, tem na divisão de competência a sua essência e, assim, a sua natureza precípua. Como lei fundamental de uma sociedade pluralista, consiste, sob uma perspectiva horizontal, em atribuir a cada grupo social sua própria missão e responsabilidade e, de outra parte, consiste na divisão de competências entre os entes políticos superpostos, conferindo-lhes prioridade aos menores para a satisfação dos interesses locais, aos intermediários para realização de interesses regionais e, por fim, ao ente central para cumprimento de tarefas que não possam ser satisfatoriamente cumpridas pelos demais, o que supõe mesmo a estrutura de uma organização federal.

<sup>207</sup> SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 148.

<sup>208</sup> TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 95-98.

Jacques Chevallier<sup>209</sup> entende o princípio da subsidiariedade como um princípio fundamental da sociedade “pós-moderna”, no qual há essencialmente três características: a supletividade, a proximidade e a parceria.

*A supletividade* implica que o Estado, em lugar de se substituir aos atores sociais, encoraja as iniciativas que eles adotam naquilo que concerne à gestão das funções coletivas (...) e apoia os acordos que eles negociam para disciplinar suas relações recíprocas (...) *a proximidade* postula que os problemas sejam tratados primeiramente pelos cidadãos no nível em que eles se põem, evitando todo mecanismo sistemático de remessa para uma instância mais elevada (...) *parceria* traduz-se pela preocupação de associar os atores sociais à implementação das ações públicas: a gestão delegada se estende doravante a todos os níveis (nacional e local) e por todos os serviços (sociais, culturais, econômicos, mesmo os intrinsecamente estatais); e se vê o desenvolvimento de novas fórmulas de “parceria público-privada” (PPP). (...) os recursos e o know-how dos particulares são desse modo colocados a serviço da ação pública.

A subsidiariedade é, ainda, um corolário do princípio da livre iniciativa.<sup>210</sup> No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 afirma que as atividades econômicas em sentido estrito devem ser livres aos particulares: “A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, CF/1988), ressalvados os casos expressos na Constituição. Ou seja, o princípio da subsidiariedade, previsto no art. 173 da CF/88, consiste em a atuação do Estado no mercado se dar em um papel secundário, em caráter excepcional.<sup>211</sup> Mais especificamente, o Estado deve atuar no mercado apenas naquelas situações em que o mercado não consiga se regular por si próprio,<sup>212</sup> a atividade não possa ser desenvolvida pelos particulares ou em que a atuação estatal direcionando, fiscalizando ou planejando a ordem econômica, exercida primariamente pelos particulares, seja essencial para concretizar os seus objetivos. Dessa forma, entende ser competência da iniciativa privada gerir as atividades geradoras de riquezas, com base nas submissões introduzidas pelo Estado.<sup>213</sup> E

<sup>209</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 272.

<sup>210</sup> Para Marcos Juruena Villela Souto, este é uma decorrência do princípio da livre iniciativa. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 272.

<sup>211</sup> No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 afirma que as atividades econômicas em sentido estrito devem ser livres aos particulares. “A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, CF/1988), ressalvados os casos expressos na Constituição.

<sup>212</sup> Conforme Ignacy Sachs, que até os defensores incondicionais da economia concordam que o excesso de mercado acaba por matar o próprio mercado; o que exige que se tenham regras do jogo bem delineadas e um Estado forte para impô-las. SACHS, Ignacy. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 209.

<sup>213</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24.

quando for necessária atuação estatal, ele deve atribuir a competência aos órgãos e entidades mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade do cidadão. Com fundamento nesse ideário se propugna que o Estado se concentre nas tarefas consideradas essenciais ao interesse público, transferindo as demais funções para a prestação por particulares – desenvolvida com maior eficiência-, sob regulação estatal.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê, em seu art. 6º, nº 1, que o “Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os *princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública*”. Esse dispositivo consagra o dever de respeitar a subsidiariedade, bem como ter este princípio como diretriz da administração pública portuguesa. E, de igual modo, a descentralização democrática da administração pública.

António Cândido de Oliveira<sup>214</sup> ensina que o princípio da subsidiariedade significa que “os assuntos que podem ser resolvidos ao nível das autarquias locais, não devem ser resolvidos a nível superior”. Segundo o professor português, a principal ideia deste princípio decorre do fato de o Estado se reservar a, apenas, abarcar matérias quando as autarquias locais não puderem resolver de forma satisfatória, vez que estas estão mais próximas do cidadão.

Além disto, a ideia de subsidiariedade advém dos princípios que regem a organização da Administração Pública, consagrados no artigo 267.º da CRP. De acordo com o nº 1 deste artigo, a

Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

Deste dispositivo, conclui-se que a Administração Pública deve estruturar-se com vistas a aproximar as suas tarefas e serviços dos cidadãos, garantindo-os a efetiva participação na sua gestão.

A privatização acaba por ser uma decorrência do princípio da subsidiariedade.<sup>215</sup> Transfere-se à iniciativa privada todas as atividades consideradas “indevidamente” prestadas pelo Poder Público ou que o particular possa prestar de forma mais vantajosa aos

<sup>214</sup> OLIVEIRA, António Cândido. **Direito das Autarquias Locais**. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 80

<sup>215</sup> Jaques Chevallier afirma que o balanço do decênio elaborado pelo Banco Mundial (relatório sobre ‘financiamento do desenvolvimento’, apresentado em 10 de abril de 2010), os programas de privatização mais amplos foram desenvolvidos na América Latina, que arrecadou mais da metade (178 bilhões de dólares) das receitas que os países em desenvolvimento obtiveram com essas operações – notadamente o Brasil (71 bilhões). CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 60.

administrados.<sup>216</sup> O objetivo é impor uma maior eficiência à prestação dessas atividades e, por outro lado, liberar monopólios estatais para propiciar uma prestação em regime de disputa no mercado, o que, em virtude da concorrência, seria possível alcançar uma melhor prestação de serviços públicos, tanto na qualidade dos serviços quanto na redução dos preços.

Roberto Dromi<sup>217</sup> ensina que

Assim, não pode existir verdadeira subsidiariedade administrativa se em primeiro lugar não se verifica a *intransferibilidade da iniciativa privada*, que implica a correlativa restrição à intervenção estatal, inclusive em certos e determinados serviços públicos. Isso obedece ao fato que o desenvolvimento econômico e social, para o acesso ao bem comum ou ao bem-estar geral, não é uma tarefa excludente ou exclusiva do Estado. A subsidiariedade se aplica a todas as atividades, funções e organizações de interesse público, com a exclusão dos casos em que por razões de bem comum a atividade deva ser monopolizada pelo Estado, que trabalha como o “eu comum” de todos. A intervenção excessiva por parte do Estado provoca o declínio da iniciativa privada e suprime a responsabilidade individual. Além disso, a subsidiariedade requer o *impulso particular* que se provoca na raiz do *conjunto social*, e sem o qual o princípio não é mais que um pronunciamento estéril. Deste modo, o homem como ser responsável de si mesmo requer a livre iniciativa ou o impulso particular para cuidar de suas necessidades e interesses legítimos. Este é um direito essencial e inseparável da dignidade da pessoa humana, e por isso o Estado tem que reconhece-lo e oferecer a ele proteção, possibilitando a manifestação de uma maior liberdade nas possibilidades de ação de cada indivíduo no conjunto social.

Roberto Dromi<sup>218</sup> ressalta que, enquanto valor, a essência da subsidiariedade envolve:

(i) iniciativa privada intransferível; (ii) o Estado velar pelas necessidades insatisfeitas; (iii) abstenção do Estado quando se atinge gestão social autossuficiente; (iv) concorrência estatal e privada na gestão pública; (v) descentralização na divisão de competências públicas; (vi) divisão de competências público privadas; (vii) impulso particular na raiz do conjunto social.

Em sentido similar aos valores apresentados acima, Silvia Faber Torres<sup>219</sup> entende que

A função da subsidiária do Estado deve se manifestar, uma vez caracterizada a ineficácia dos grupos sociais, primeiro como *ajuda*, mediante a criação de condições necessárias que possibilitem a ação das comunidades intermediárias, e, depois, excepcionalmente, como *suplência*, suprimindo a insuficiência dos grupos sociais quanto estes não puderem realizar adequadamente suas funções.

<sup>216</sup> Contudo, só podem ser passadas aos particulares as atividades que não necessitem de emprego de autoridade, “as quais só podem ser desempenhadas por órgãos da administração direta ou, se não exigir hierarquia, por autarquia”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 278.

<sup>217</sup> DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 223.

<sup>218</sup> DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 223.

<sup>219</sup> TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19.

Amauri Feres Saad<sup>220</sup> traz o importante ensinamento de que

É sob o prisma da liberdade individual que se delinea o papel fundamental do princípio da subsidiariedade: somente a partir da compreensão da subsidiariedade como um fator de limitação da atuação estatal é que ganham sentido e vida as menções constitucionais ao direito fundamental da liberdade, que, projetado sobre a atuação do Estado, conforma os seus limites, resguardando o campo legítimo da esfera individual. Uma nação cujo aparelho estatal amputa dos particulares, ainda que de forma bem sucedida (isto é, com uma certa eficiência no atendimento dos fins a que se propõe), a possibilidade de agirem conscientemente para a solução dos próprios problemas, e mesmo da identificação de quais são os seus problemas, não pode se pretender respeitadora da liberdade. Um Estado subsidiário não é um Estado paternalista, que se arroga a função de eleger as melhores alternativas de vida para os seus filhos, nem o Estado-procurador, intrometido nos assuntos privados; é, sim, o Estado que auxilia o cidadão, quando este, individualmente ou por suas instituições associativas, falha na consecução de seus objetivos.

Juan Martin Gonzáles Moras o coloca como princípio político de organização social: aquele irá discutir a relação indivíduo, sociedade e poder público, e redefinir o espaço em que cada esfera poderá atuar (no concernente à atividade econômica), sem invadir o espaço do outro<sup>221</sup>. Sob esse ponto de vista, não podemos deixar de esquecer que a atuação estatal tem em sua base o exercício da força e, por conseguinte, a restrição das liberdades dos indivíduos. A privatização, nessa perspectiva, acaba por ser uma forma de devolver à própria sociedade uma parcela da liberdade antes retirada pelo ente político. Se a própria sociedade consegue se auto-organizar e satisfazer suas necessidades, através do mercado, não há justificativa para prestação desse serviço ser realizado pelo poder público, salvo casos excepcionais. E, assim, reduz-se a tensão entre os direitos de liberdade e propriedade e os direitos sociais.

### 2.3.3.2 O princípio da eficiência

O princípio da eficiência surge no sistema normativo brasileiro no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.<sup>222</sup> Inicialmente, o art. 13<sup>223</sup> deste diploma preocupa-se com o

<sup>220</sup> SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 223.

<sup>221</sup> *Apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 36.

<sup>222</sup> Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

<sup>223</sup> “Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;  
b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;  
c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.”

controle das atividades da Administração Pública Federal exercido em todos os níveis e em todos os órgãos. Posteriormente, prevê o controle finalístico (supervisão ministerial) da União sobre as entidades da Administração Indireta (art. 25),<sup>224</sup> cujo objetivo, dentre outros, é essencialmente a eficiência administrativa, conforme previsão do art. 26, inc. III, desse Decreto-Lei.<sup>225</sup> Além disto, o art. 27 dispõe sobre a necessidade de outorga do Poder Executivo aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva indispensável para o atendimento do eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar.

O Decreto-Lei, art. 94, inc. II, III e V,<sup>226</sup> trouxe o compromisso de se ajustar a legislação no que tange à conformação à consecução de metas, comumente atreladas à busca pela eficiência na gestão pública, especialmente aumento de produtividade, melhoria da qualidade do serviço, sistema de mérito, dentre outros.

Sobre a matéria, Henrique de Carvalho Simas,<sup>227</sup> em trabalho realizado com base na Constituição Federal de 1969, leciona que

A ação dos administradores deverá apresentar, como resultado, uma efetiva satisfação das necessidades coletivas. No conceito apresentado de ‘função administrativa’ está implícito o real atendimento dessas necessidades, o que só poderá ser alcançado

<sup>224</sup> “Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado:

I - Assegurar a observância da legislação federal.

II - Promover a execução dos programas do Governo.

III - Fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II.

IV - Coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios.

V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.

VI - Proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas.

VII - Fortalecer o sistema do mérito.

VIII - Fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos.

IX - Acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços.

X - Fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro.

XI - Transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério.”

<sup>225</sup> “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: (...)

III - A eficiência administrativa.”

<sup>226</sup> “Art. 94. O Poder Executivo promoverá a revisão da legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do Serviço Público Civil, com o objetivo de ajustá-las aos seguintes princípios:

(...)

II - Aumento da produtividade.

III - Profissionalização e aperfeiçoamento do servidor público; fortalecimento do Sistema do Mérito para ingresso na função pública, acesso a função superior e escolha do ocupante de funções de direção e assessoramento.

(...)

V - Constituição de quadros dirigentes, mediante formação e aperfeiçoamento de administradores capacitados a garantir a qualidade, produtividade e continuidade da ação governamental, em consonância com critérios éticos especialmente estabelecidos.”

<sup>227</sup> SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 205.

através de uma atuação adequada e positiva dos órgãos e agentes do Governo. (...) Ao lado da estrita observância dos princípios da legalidade e da moralidade, a Administração Pública não poderá ser ineficiente. É inaceitável que sua atuação apresente, como resultado, a falta de atendimento àquelas solicitações gerais, que está obrigada a satisfazer. Os agentes e órgãos do Poder Público têm o dever de bem servir, dentro da moralidade administrativa, mas diligenciando para apresentar, pelo emprego de processos e técnicas apropriadas, um saldo proveitoso.

Na Constituição Federal de 1988, o constituinte originário dispôs, no art. 74, inc. II,<sup>228</sup> sobre o sistema de controle interno, prevendo a finalidade de

Comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

O art. 144 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, regula especificamente a segurança pública. E o seu § 7º prevê que a lei disciplinará a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, com vistas a garantir a eficiência de suas atividades.<sup>229</sup>

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995,<sup>230</sup> regula as concessões e permissões de serviço público. O seu art. 6º, § 1º,<sup>231</sup> traz em seu bojo a parametrização do conceito de serviço adequado, sendo aquele que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, *eficiência*, *segurança*, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A Lei que regula a Parceria Público Privada, (Lei nº 11.079), de 30 de dezembro de 2004, prevê como

<sup>228</sup> “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

(...)”.

<sup>229</sup> “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”

<sup>230</sup> “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.”

<sup>231</sup> “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”



diretriz na Contratação dessa parceria entre o ente público e a entidade privada a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade (art. 4º, inc. I).<sup>232</sup>

Hely Lopes Meirelles<sup>233</sup> já apontava o chamado “dever de eficiência”. Para o autor esse era o “mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. Ainda conforme o autor, esse princípio impõe a todo agente público o dever de realizar as suas atribuições com precisão, perfeição, presteza e rendimento funcional.

Ademais, como já dizemos anteriormente, a década de 90 foi importantíssima para o Direito Administrativo brasileiro pela mudança gravitacional das suas bases, com profundas mudanças normativas. E a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 propagou alterações basilares na ordem jurídica administrativa, especificamente porque ela modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas, controle, tarefas públicas, dentre outras providências. Não obstante isto, insta ressaltar a lição de Edilson Pereira Nobre Júnior,<sup>234</sup> para o qual,

(A) eficiência, sem dúvida, foi, antes da EC 19/98, erigida como padrão obrigatório na prestação dos serviços públicos. Esse o cenário normativo vigente quando S. Exa., o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, entendendo imprescindível a implantação de modelo gerencial administrativo em substituição ao burocrático, adequado apenas à satisfação das necessidades públicas no Estado Liberal, encaminhou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional, cuja sustentação teórica se louvou no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de novembro de 1995.

Assim, na seara principiológica, a EC nº 19/98 acrescenta ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 o princípio da eficiência.<sup>235</sup> Apesar da normatividade acerca

<sup>232</sup> A Lei de Parceria Público Privada, (Lei nº 11.079), de 30 de dezembro de 2004, prevê como diretriz na Contratação de parceria público privada a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade (art. 4º, inc. I).

<sup>233</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 90.

<sup>234</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. O professor da UFRN ressalta que no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado consigna-se que o Decreto-lei 200/67 é um marco na busca pela superação da concepção de administração pública burocrática; sendo, pois o primeiro momento em que se buscou a implementação da administração pública gerencial no Brasil. Na visão de Nobre Júnior, “tal reforma não alcançou as mudanças esperadas, tendo em vista a coexistência de núcleos de eficiência e competência na Administração Indireta ao lado de formas arcaicas e ineficientes na Administração Direta.” p. 143.

<sup>235</sup> De acordo com o art. 3º dessa Emenda Constitucional, o art. 37 da CF/88 passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

da eficiência na administração pública antes de a EC nº 19/98, parte da doutrina criticou intensamente a eficiência ser erigida à natureza de princípio. Por exemplo, Maurício Antônio Ribeiro Lopes<sup>236</sup> afirma que

Inicialmente cabe referir que eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão pública - finalidade da mesma Administração Pública. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência (...) Trata-se de princípio retórico imaginado e ousado legislativamente pelo constituinte reformador, sem qualquer critério e sem nenhuma relevância jurídica no apêndice ao elenco dos princípios constitucionais já consagrados sobre Administração Pública.

De forma parecida, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>237</sup> leciona que

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.

Bandeira de Mello complementa com o entendimento de que esse princípio não pode ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade”, bem como “é uma faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’.”<sup>238</sup>

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>239</sup> também minimiza a importância e densidade normativa do princípio da eficiência ao afirmar que “só se pode compreender como uma figura de estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e é dela reclamado pelos administrados”.

Lúcia Valle Figueiredo,<sup>240</sup> por sua vez, apresenta a discussão de que

É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos.  
Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de “cliente”, em lugar de administrado, o novo “clichê” produzido pelos reformadores, fazia-se

<sup>236</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1988, e 19, de 04.06.1988. São Paulo: RT, 1998, p. 108-109.

<sup>237</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.

<sup>238</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.p. 113.

<sup>239</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 41.

<sup>240</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência.

Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro.

Para Egon Bockmann Moreira<sup>241</sup> a intenção da EC nº 19/98 foi arrogar à Administração Pública uma máxima jurídica, pertinente à administração e à economia, matérias inerentes à atividade de entidades privadas. Mais a frente, afirma que “Conforme já mencionado, não se trata de princípio jurídico, muito menos poderia ser alçado à condição de norma constitucional. Sua inserção não gerará nenhuma novidade ou benefício concreto.”

Por outro lado, a maior parcela da doutrina brasileira, em consonância com a Constituição Federal de 1988, vê a eficiência como princípio e com densidade normativa. Alexandre de Moraes,<sup>242</sup> por exemplo, define o princípio da eficiência da seguinte forma:

( ... ) é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Para Paulo Modesto,<sup>243</sup>

o princípio da eficiência, além disso, pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente. Não se trata de uma extravagância retórica. Raciocínio semelhante vem sendo adotado há anos pela doutrina alemã, que chega a afirmar ser o princípio da eficiência um "princípio constitucional estrutural pré-dado" ou, como parece melhor, uma "decorrência necessária da cláusula do Estado Social". Para alguns, como para o professor JOÃO CARLOS GONÇALVES LOUREIRO, o princípio da eficiência é percebido inclusive como uma decorrência da idéia de Justiça. No seu dizer: "um mínimo de eficiência é uma exigência que integra a idéia de Justiça" (cf. O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares: algumas considerações, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 147).

<sup>241</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 325-326.

<sup>242</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 294.

<sup>243</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

Para Dalmo de Abreu Dallari,<sup>244</sup> a eficiência constitui, por um lado, um direito subjetivo do administrado e, por outro, um dever ao Poder Público de buscar ser produtivo, eficiente e eficaz. Emerson Gabardo<sup>245</sup> discorda da ideia do conceito econômico do princípio da eficiência, vez que este conduz à uma atividade racional, com fulcro de encontrar os melhores meios na busca pela otimização dos fins almejados. Além disto, para o autor, mesmo que o conceito econômico esteja intrínseco ao princípio ora em comento, ele seria absorvido pela ordem jurídica.

Em sentido parecido com Emerson Gabardo é a lição proferida por Vladimir da Rocha França,<sup>246</sup> Edilson Pereira Nobre Júnior<sup>247</sup> e Paulo Modesto.<sup>248</sup> Conforme o professor Vladimir da Rocha França,<sup>249</sup> a eficiência constitui princípio jurídico da administração pública, que, em consonância com os demais princípios, impõe o dever jurídico de “boa administração.” A eficiência, ainda, seria a finalidade de toda a ação administrativa,<sup>250</sup> de modo que a administração pública deve buscar, através dos meios que lhes são disponíveis, atingir materialmente os seus fins.<sup>251</sup>

Antônio Carlos Cintra do Amaral,<sup>252</sup> da mesma forma, vê a eficiência como uma obrigação de meios, ou seja, a escolha dos meios necessários para a obtenção de determinado

<sup>244</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 5, 1994. p. 39-40.

<sup>245</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 91.

<sup>246</sup> Ver FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.

<sup>247</sup> Ver NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006.

<sup>248</sup> Ver MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

<sup>249</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 169-170.

<sup>250</sup> Vladimir da Rocha França ensina que “toda a ação administrativa deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico-administrativo.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 166.

<sup>251</sup> Para o autor, apesar da precariedade do controle judicial com base na ideia de eficiência, este elemento é deveras importante para a relevância do controle de proporcionalidade dos atos administrativos, especificamente na aferição da presença dos requisitos de necessidade, adequação e razoabilidade na formação do ato administrativo. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 171.

<sup>252</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2019. p. 4. A defesa do autor tem como base a Teoria Geral da Administração, vez que ele não vê “empecilho a tomar para a ciência do Direito um conceito da ciência da Administração, na medida em que isso seja útil para a compreensão da realidade jurídica. Faço-o sem que com isso admita que o objeto da ciência do Direito seja algo diferente da norma, componente do ordenamento jurídico, ou seja, do Direito brasileiro, pleonasticamente dito positivo (como lembram Norberto Bobbio e Norbert Hoerster).”

resultado. Contudo, para Amaral, a análise dos resultados especificamente relaciona-se com a eficácia: citando Chiavenato, o autor afirma que “ser eficiente é ‘jogar futebol com arte’, enquanto a eficácia reside em ‘ganhar a partida’”.

Edilson Nobre Pereira Júnior,<sup>253</sup> por sua vez, entende que a eficiência como um princípio que obriga o resultado satisfatório no atendimento do interesse público. Não obstante o autor entender que a eficiência implica na racionalidade da administração em vistas da consecução do serviço, o interesse público necessita ser atingido de forma eficiente.<sup>254</sup>

Paulo Modesto<sup>255</sup> conceitua a eficiência como a

exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público.

O autor baiano, Paulo Modesto,<sup>256</sup> entende que o conteúdo do princípio da eficiência possui alguns requisitos: (a) a instrumentalidade, visto que esse princípio, tal como todos os outros, é instrumental em relação aos fins do ente público; (b) pluridimensionalidade, vez que diz respeito à “aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos.”, enquanto, para o autor, a eficácia corresponde, de um lado, aos resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro lado, aos objetivos pretendidos. Assim, “a eficiência pressupõe a eficácia<sup>257</sup> do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *príus* da eficiência.” Desta forma, o ordenamento jurídico estabelece um dever para a administração pública ser eficiente, sob a perspectiva jurídica, em que deve ser observado sob duas dimensões de atividade administrativa indissociáveis: (a) racionalidade e otimização no uso dos meios; (b) a satisfatoriedade nos resultados da atividade pública.

<sup>253</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. p. 140.

<sup>254</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. p. 140-141.

<sup>255</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jan. 2016. p. 10.

<sup>256</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2019. p. 8 e ss.

<sup>257</sup> Edilson Pereira Nobre Júnior entende que “eficácia exprime a necessidade de que a administração ponha em movimento uma ação idônea à obtenção de um determinado resultado. Já a eficiência reclama, com referência à manifestação do sujeito administrativo, o balanço entre os custos despendidos e as vantagens alcançadas, cabendo a existência de saldo favorável a estas últimas (balanço e custo-benefício).” NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. p. 136.

Portanto, o autor afirma que a obrigação da atuação eficiente impõe, de forma indissociável: ação idônea (eficaz), ação econômica (otimizada)<sup>258</sup> e ação satisfatória (dotada de qualidade).<sup>259</sup>

Entretanto, a busca pela atuação eficiente não implica em uma supressão nem possibilidade de desvirtuamento do princípio da legalidade. Isso porque não se admite, sob a perspectiva jurídica, a atuação estatal, especificamente no exercício da função executiva, desvirtuado do princípio da legalidade.<sup>260</sup> Por isso, o princípio da eficiência deve obedecer ao princípio da legalidade, de forma ao seu conteúdo, no que diz respeito à escolha dos meios para a concretização das finalidades impostas pelo ordenamento, ser auferido – e apenas possibilitado – apenas onde houver margem de atuação – liberdade conferida pela lei ao administrador. Em virtude disso, Vladimir da Rocha França<sup>261</sup> afirma que

Por mais que esteja bem intencionado o administrador, este não pode afastar os preceitos do regime jurídico-administrativo sob o argumento de que os mesmos atrapalham o próprio interesse público.

Neste mesmo sentido, o autor potiguar complementa:

Não se pode conceber uma administração pública que não tenha a obrigação de ser diligente e criteriosa na busca e efetivação do interesse público consagrado em lei. O princípio da eficiência administrativa tem bastante relevância quando se apura o

<sup>258</sup> Para Edilson Pereira Nobre Júnior, a eficiência (balanço e custo-benefício) também abarca a ideia de economicidade (utilização adequada dos recursos). NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. p. 136.

<sup>259</sup> Assim, o autor defende que “É certo que o princípio da eficiência fortalece o chamado controle a posteriori de resultados. Não há também aqui uma inovação absoluta, pois já o Decreto-lei 200/67 submetia toda atividade do Poder Executivo ao controle de resultados (arts 13 e 25, V), fortalecia o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeitava a Administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26,III) e recomendava a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100). Mas esse dado não infirma, não nega, o controle de legalidade estrita que deve e pode conviver com o controle de resultados.” MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2019. p. 9.

<sup>260</sup> No mesmo sentido Antonio Carlos Cintra do Amaral. Conforme o autor, “Antonio Carlos Cintra do Amaral. Por último, saliento que não vejo oposição entre os princípios da eficiência e da legalidade. A pessoa privada, que age dentro da chamada “autonomia da vontade”, não está desobrigada de cumprir a lei. Muito menos a Administração Pública, que deve agir em conformidade com a lei. Adotando a distinção efetuada por André Gonçalves Pereira (“Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo”, Lisboa, Ática, 1962), entre licitude e legalidade, posso dizer que a atuação das pessoas privadas deve ser eficiente e lícita, enquanto a atuação do agente administrativo deve ser eficiente e legal. Em outras palavras: dizer-se que a Administração está autorizada a praticar atos ilegais, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência, é no mínimo tão absurdo quanto dizer-se que uma empresa privada pode praticar atos ilícitos, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2019.. p. 6

<sup>261</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 168.

respeito à ordem jurídica quando se está diante da discricionariedade administrativa.<sup>262</sup>

Paulo Modesto,<sup>263</sup> ao contrário daqueles que discutem a dicotomia entre legalidade e eficiência, entende, de modo muito acertado, que o princípio da eficiência deve ser reconhecido como componente da própria legalidade, mas em seu aspecto material. De forma parecida é o entendimento do prof. Vladimir da Rocha França ao determinar que a eficiência é “ação material da administração pública deve atingir efetivamente, e de modo lícito, a finalidade legal, o princípio da finalidade esclarece que o ato administrativo somente pode ter uma finalidade pública, estabelecida em lei.”<sup>264</sup>

No ordenamento jurídico português, o art. 267º, nº 1º, da Constituição Portuguesa de 1976 prevê que a estrutura da Administração Pública ocorrerá de modo a evitar a burocratização, aproximar os serviços das populações e assegurar a participação dos interessados na gestão pública.<sup>265</sup> No nº 2º, estabelece que, para a concretização do item anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativa, sem prejuízo da necessária “eficácia” da ação da Administração. Em outros momentos, dispõe que a proteção e cobertura do serviço público de saúde deve ser eficiente (art. 64º, nº 3º, “b”); que incumbe ao Estado, no âmbito econômico e social, zelar pela eficiência do setor público (art. 81º, “c”); bem como uma garantia fundamental do cidadão a impugnação de normas administrativas com eficácia lesiva aos seus direitos e interesses legalmente protegidos (art. 268º, nº 5º).

<sup>262</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 169.

<sup>263</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2019. p. 6. Ainda conforme o autor, “Nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre atividade finalista, exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes. O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei.”

<sup>264</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 165.

<sup>265</sup> Santos Botelho, Pires Esteves e Cândido de Pinho entendem que o princípio da eficiência foi delimitado, na perspectiva infraconstitucional, no art. 10º do Código de Procedimento Administrativo. BOTELHO, Santos; ESTEVES, Pires; PINHO, Cândido. **Código do Procedimento Administrativo**: anotado, comentado, jurisprudência. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 80. “Art. 10º A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”.

Luís Cabral de Moncada<sup>266</sup> vê o termo “eficácia” como um postulado da organização administrativa para o desempenho da sua atividade. Ele seria um dever positivo de atuação, relacionado com os resultados das atividades desenvolvidas pelo poder público. Para Luís S. Cabral de Moncada<sup>267</sup> a eficácia não se confunde com a eficiência – seria a economia de recursos –, além de não se resumir à produção dos efeitos das normas e atos jurídicos.

Para Edilson Pereira Nobre Júnior,<sup>268</sup> há uma inversão dos vocábulos eficácia e eficiência na realidade jurídica brasileira e portuguesa. O vocábulo empregado pela Constituição da República Portuguesa é o oposto do empregado no ordenamento jurídico brasileiro: a eficácia no direito português corresponde àquilo que a doutrina pátria brasileira entende por eficiência. E o princípio da eficiência vem sendo entendido como uma das vertentes do princípio da eficácia.<sup>269</sup>

Paulo Otero,<sup>270</sup> por sua vez, entende a eficiência com o “primeiro fundamento constitucional da privatização da Administração Pública”, na medida em que é um imperativo ao modelo de Estado de bem-estar, de modo a projetar-se, inerentemente, na organização administrativa. Ele complementa afirmando que

No âmbito do princípio da eficiência se integram, com efeito, diversos dos objetivos definidos pelo art. 3º da Lei-Quadro das Privatizações, tal como sucede, por exemplo, com a exigência de modernização empresarial e de gestão dos serviços públicos, o aumento de competitividade nacional e próprio reforço da capacidade das empresas nacionais.<sup>271</sup>

<sup>266</sup> MONCADA, Luís Cabral de. **Direito público e eficácia**. In: Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 171.

<sup>267</sup> MONCADA, Luís Cabral de. **Direito público e eficácia**. In: Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 169.

<sup>268</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. p. 132.

<sup>269</sup> Para tanto o autor cita Freitas do Amaral, João Caupers, Martins Claro, João Raposo, Dias Garcia, Siza Vieira e Pereira da Silva: “O princípio da desburocratização e da eficiência implica que a Administração Pública deva organizar-se por forma a possibilitar uma utilização racional dos meios ao seu dispor, simplificando tanto as suas operações como o relacionamento com os cidadãos” (Código do Procedimento Administrativo anotado. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 53.) NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006. p. 133.

<sup>270</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 48-49.

<sup>271</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 48-49.



No ordenamento jurídico espanhol, a Constituição de 1978, em seu art. 103.1,<sup>272</sup> afirma que um dos princípios da administração pública é a eficácia, com vistas a servir com objetividade aos interesses gerais. Ernesto García Trevijano<sup>273</sup> defende que os princípios da hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação apenas possuem sentido caso projetados para alcançar a finalidade de concretização dos interesses gerais, de forma eficaz. De outra forma, o princípio da eficácia não deveria ser observado como uma análise dos meios em relação aos fins - como defende grande parcela da doutrina brasileira em relação à eficiência –, mas como o próprio objetivo a ser perseguido pelo ente público, ao passo que os demais princípios têm a finalidade instrumental/de meio.

Na Argentina, Roberto Dromi<sup>274</sup> vê como sinônimos os termos eficácia e eficiência. A terminologia é utilizada para designar nos valores do direito contemporâneo, cuja premissa é a indignação com o Estado ineficiente, burocrático e excessivamente legalista – sob a perspectiva formal. Por outro lado, a Administração tem o dever de agir racionalmente, voltado para a concretização do Estado de bem-estar, através da atuação eficaz da administração pública.

Isto posto, concordamos com a doutrina brasileira defensora do princípio da eficiência enquanto diretriz do Estado na prossecução do interesse público, de modo a ser analisado na melhor escolha dos meios para melhor atender a finalidade pretendida. Assim, o princípio da eficiência tem grande ligação com a relação de custo/benefício, para uma atuação racional e planejada da administração pública para melhor atender o interesse público delimitado no ordenamento jurídico. Por conseguinte, o princípio da eficiência liga-se ainda ao princípio da razoabilidade, vez que, para buscar concretizar os direitos fundamentais, em busca dos melhores resultados, a boa escolha dos meios é indispensável. Mas esta decisão não deve estar pautada apenas no resultado pretendido, como também no meio menos agressivo aos direitos fundamentais em questão.

Por fim, o princípio da eficiência é o núcleo da ideia de privatização da Administração Pública. Conforme defenderemos mais adiante, a privatização (em sentido lato) envolve diversas possibilidades de atuação da administração pública na intenção de concretizar sua função pública: a privatização ocorre desde adoção do regime jurídico privado em determinada situação, como a descentralização das tarefas públicas para empresas estatais e/ou para

---

<sup>272</sup> “Artigo 103

1. A Administración Pública serve com objectividade os interesses gerais e actua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, plenamente submetida à lei e ao Direito.”

<sup>273</sup> TREVIJANO, Ernesto García. **Sinopsis artículo 103**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

<sup>274</sup> DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 26.

empresas privadas, através da contrato, até a efetiva transferência dessas atividades para o setor privado.

Não obstante os limites a serem analisados em cada situação, a discussão da privatização não ocorre sem antes termos em cerne que tão-somente estamos a discutir os espaços em que a administração pública, através da sua discricionariedade, pode escolher o melhor meio/instrumento para a satisfação do interesse público, o qual, desde já, entendemos como a busca pela concretização dos direitos fundamentais, delineados escalonadamente pelo ordenamento jurídico.

### 2.3.3.3 O princípio da prossecução do interesse público

A função é a atividade pública, cujo exercício é regulado pelo direito. Ou seja, a função pública é o dever jurídico, imposto pelo ordenamento jurídico, de agir com vistas ao atendimento de determinada finalidade pública.<sup>275</sup> Conforme Carlos Ari Sundfeld, pode-se analisar a função pública sob dois aspectos: (a) ela consiste em um dever-poder, e não uma faculdade do agente público; (b) o ato praticado com base nesse poder só será válido se alcançar a finalidade buscada (princípio da função).

No direito brasileiro, a função pública só pode ser prestada pelo Estado ou mediante delegação do Estado.<sup>276</sup> Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>277</sup> há uma tendência de multiplicação dos modelos de colaboração entre as entidades privadas e o Estado, em face do avanço da consensualidade, que abre novas alternativas mais flexíveis, quanto por motivo de desenvolvimento do conceito de espaço público não estatal, que possibilita a ação coordenada das chamadas entidades intermediárias e a interação entre a sociedade e o Estado, de modo a fortalecer a legitimidade e ampliar o controle social.

---

<sup>275</sup> Ver: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 163 e SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 156. Pedro Gonçalves afirma que a função pública é o modo de execução de uma tarefa pública com a finalidade de concretizar o interesse público. GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1.007.

<sup>276</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 16, dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 26 ago. 2015.

<sup>277</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

Podemos afirmar ainda que essa tendência de multiplicação de modelos de colaboração entre o poder público e as entidades privadas tem em sua base o princípio da eficiência e a democratização do Estado.<sup>278</sup>

Primeiramente, é necessário observar que o ordenamento jurídico prescreve objetivos a serem buscados e concretizados pelo Estado (interesse público).<sup>279</sup> Contudo, este pode – e deve – buscar o melhor meio para satisfazer as suas obrigações, seja de forma direta seja de forma indireta, dentre um juízo de valor da Administração Pública, dos custos e benefícios do meio adotado para a satisfação das finalidades (interesse público). Não há monopólio do Estado na busca do interesse público nem dever jurídico imposto ao ente político de buscar de forma direta a concretização desse interesse, salvo nos casos expressamente previstos no ordenamento jurídico.

Não se pode esquecer que a Administração Pública tem o caráter instrumental<sup>280</sup>, na satisfação do interesse público positivado no ordenamento jurídico.<sup>281</sup> O ordenamento jurídico, ao estipular os interesses públicos a serem satisfeitos e, por conseguinte, criar deveres ao Estado

---

<sup>278</sup> Em virtude do fracasso dos modelos anteriores, decorrente da crescente exclusão econômica e/ou social de parcela da população, da crise da democracia representativa e do crescente índice de corrupção e atuação com fins privados dos agentes públicos, a prevalência da Administração fechada, burocrática, centralizada e hierárquica, conduzido pelo exercício – muitas vezes cego – da imperatividade, dá lugar à nova Administração Pública. Esse novo modelo busca adequar essas inquietações com a sociedade do mundo contemporâneo, cada vez mais plural e complexa, com o objetivo de aproximar do Estado do cidadão/sociedade, abrir a gestão pública a estes e torná-la mais eficiente.

Esses objetivos só são possíveis em decorrência da nova concepção de gestão pública, privilegiadora da abertura democrática, com o direito mais flexível, eficiente e orientado pelo consenso da sociedade. Assim, a Administração centralizada e hierárquica vai, passo a passo, concedendo espaço para uma Administração mais horizontal e descentralizada, calcada no diálogo entre Estado e particular. Ver OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010; CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009; FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>279</sup> Conforme Gustavo Binenbojm, “Assim, salvo onde o constituinte foi explícito ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros substantivos erigidos pela própria Constituição. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação (...). O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações [entre interesses gerais e individuais. (...) Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (...) não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. (...) a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação (...) para superar as regras estáticas de preferência atuando (...) com vistas à formulação de *standards* de decisão “(...) Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 86-106.

<sup>280</sup> Segundo Humboldt, “o Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio ‘para a formação do homem’. Se o Estado tem um fim último, esse é o de ‘elevar os cidadãos ao ponto de poderem eles perseguir espontaneamente o fim do Estado, movidos pela única ideia da vantagem que a organização estatal a eles oferece para o alcance dos próprios objetivos individuais”. HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Los Limites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>281</sup> Ver LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

na prossecução do interesse público, confere à Administração Pública uma discricionariedade de atuação dentro do espaço deixado pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Cabe ao Poder Executivo atuar dentro deste espaço normativo com base nos critérios de conveniência e oportunidade acerca do caso concreto para melhor atender o interesse público.<sup>282</sup> O critério da oportunidade relaciona-se (encontra-se e limita-se) com o motivo: na existência e suficiência dos seus pressupostos (fatos e direito) para atender a finalidade do ato. Já a conveniência<sup>283</sup> tem relação com o conteúdo: “quando a escolha do seu conteúdo jurídico leva à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para a qual é praticado.”<sup>284</sup>

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>285</sup> a discricionariedade presume um juízo subjetivo para valorar os motivos e escolher o objeto, ambos dentro dos limites legais, em face de alcançar o interesse público<sup>286</sup>. Essa valoração (juízo subjetivo) pela autoridade competente diz respeito, isolada ou cumulativamente a alguns aspectos, dentre eles à eleição da medida considerada idônea (conteúdo) para satisfazer a finalidade pública em face da situação fática.<sup>287</sup>

<sup>282</sup> Sobre a discricionariedade, ver FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007; e FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Com a crise da lei e a consequente passagem de uma parcela de sua competência para a função executiva, há um aumento do dever-poder discricionário da Administração Pública, a qual sai da posição negativa para atuar de forma positiva, concretizando o texto normativo elaborado pela legislação. Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que a discricionariedade é uma prova de a lei sempre impõe o comportamento ótimo, pois na sua própria impossibilidade de atingir o melhor comportamento, ela deixa a escolha para o campo da função administrativa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32.

<sup>283</sup> Vladimir da Rocha França afirma que o juízo de oportunidade “implica a busca de legitimação política do Estado, através da inserção e análise de elementos metajurídicos na criação e aplicação de normas jurídicas, respeitando-se os procedimentos funcionais do ordenamento jurídico.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 40.

<sup>284</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 59-71.

<sup>285</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17; e FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85-86. Outras hipóteses de atuação discricionária diz respeito: a) ao juízo de oportunidade pela Administração sobre um pressuposto de fato para atuar na situação concreta, haja vista a ausência de indicação legal sobre os aspectos temporal, espacial e material; b) ao agir ou não agir; c) na liberdade para escolher entre dois ou mais interesses públicos estabelecidos pela lei, deixados à função executiva para escolher qual o melhor na situação concreta; d) a forma jurídica a introduzir o ato (liberdade na elaboração dos enunciados).

<sup>286</sup> Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 50. O autor afirma que a valoração incorreta e a escolha desacertada ocasiona um vício na finalidade do ato administrativo, sem, contudo, atingir o seu mérito.

<sup>287</sup> Maria João Estorninho coloca como um dos corolários do princípio da prossecução do interesse público “o facto de a obrigação de prosseguir o interesse público exigir da Administração Pública que adopte sempre as melhores soluções possíveis para cada caso concreto.” ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 172.

E acrescentamos que o princípio da eficiência, através da análise dos custos e benefícios e resultados, deve ser uma das diretrizes principais nessa escolha.

A democratização da Administração Pública implica a própria sociedade participar da função pública com vistas a concretizar o interesse público, dentro dos parâmetros constitucionais e legais. O princípio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CFB/88) caracteriza-se por ser uma evolução no conceito de democracia quanto à participação da sociedade na gestão da *res publica*.<sup>288</sup> O cidadão sai da função de mero eleitor e passa a participar da gestão da administração pública,<sup>289</sup> o que, em última análise, caracteriza-se por ser própria essência do princípio republicano.

A Constituição Federal adotou, em oposição ao governo monárquico, a República como forma de governo (*caput* do art. 1º). A república se fortalece com uma democracia mais participativa, no qual a sociedade tem a incumbência de gerir a coisa pública, controlar os gastos estatais e participar dos processos de decisão.

Em suma, cabe à Administração Pública buscar concretizar o interesse público (princípio da prossecução do interesse público), tanto de forma direta quanto de forma indireta, através da colaboração com os particulares. A Administração Pública é um meio/instrumento para a finalidade pública e deve, portanto, escolher, através de um juízo de valor acerca da conveniência e oportunidade da medida, o melhor caminho para concretizar os seus objetivos. Em razão de diversos fatores, como a ineficiência e aumento dos gastos públicos, há uma tendência de multiplicação dos modelos de colaboração entre os particulares e o Estado, com vistas a atender o princípio da eficiência e o princípio democrático e republicano.

#### 2.3.3.4 O princípio do desenvolvimento

Em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento reconheceu que o desenvolvimento

Compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem estar da população e dos indivíduos, com base

<sup>288</sup> SANTOS, André Luiz dos; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. (Vol. I). p. 801. Ver também: AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (Estado e Constituição, Volume 4).

<sup>289</sup> QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. (Vol. I). p. 196.

em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes.

Em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, afirmou, na parte I, nº 10, que o direito ao desenvolvimento seria um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos. Dessa forma, o “desenvolvimento” passa a ser visto, pela comunidade internacional, como a síntese de todos os direitos humanos – tanto coletivos quanto individuais –, através da inter-relação e interdependência de todos os direitos humanos, na compreensão de processos sociais, econômicos, políticos e culturais, em detrimento de direitos humanos individualistas, estatistas e formalistas. Oliveira, Mendonça e Xavier<sup>290</sup> afirmam que

O direito ao desenvolvimento é uma síntese dos direitos fundamentais, na exata medida em que aglutina a possibilidade de o ser humano realizar integralmente as suas potencialidades em todas as áreas do conhecimento. Pode-se dizer que ele é o marco caracterizador da nova conjuntura de direitos (como a liberdade e a igualdade material noutras eras) e tem como elemento fundamental de seu regime o acesso a políticas públicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, a Carta é promulgada para instituir um Estado Democrático de Direito, com o objetivo de assegurar, dentro de uma sociedade fraterna e *pluralista*, “o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.” Um pouco mais a frente, o artigo 3º da Carta Magna dispõe como objetivo da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (inc. II) e a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I).

Além desses casos citados, em diversos outros dispositivos constitucionais é mencionado o vocábulo desenvolvimento, nas mais diversas acepções. Entretanto, para a construção do presente raciocínio, é necessário se debruçar sobre o conceito de desenvolvimento. Para isso, partirei da doutrina do economista indiano Amartya Sen para buscar entender o significado dessa designação tão importante para um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>290</sup> OLIVEIRA, Diogo Pignataro; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. (Org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 71.

Amartya Sen<sup>291</sup> vê o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades substantivas dos indivíduos, os quais devem atuar como agentes livres e sustentáveis. As liberdades substantivas correspondem à capacidade dos indivíduos de fazer escolhas livres e exercer sua cidadania, a partir das oportunidades oferecidas. Para isso é necessário remover as amarras privativas da liberdade – os entraves que os impedem de agir de acordo com as suas vontades, suas próprias escolhas –, possibilitando a presença de fatores determinantes para aquela expansão, tais como os fatores sociais e econômicos (ex. serviços de educação e saúde) e os direitos civis (ex. liberdades para participar de discussões e averiguações públicas)<sup>292</sup>.

Duas razões fazem da liberdade individual o ponto nuclear do processo de desenvolvimento: a) razão avaliatória: aferição acerca da expansão das liberdades públicas das pessoas. Uma sociedade deve ser avaliada a partir das liberdades substantivas que seus membros usufruem. Assim, ter mais liberdade é importante para o indivíduo tanto como pessoa quanto para a sociedade, em virtude dos resultados valiosos que poderão ser atingidos; b) razão da eficácia: abordagem acerca das relações empíricas relevantes, relações mútuas entre os diversos tipos de liberdade. Mais liberdade significaria uma melhora no potencial das pessoas para cuidar de si mesmas – expansão das liberdades individuais –, e para influenciar o mundo, pois ajuda a tomar disposições sociais mais apropriadas e eficazes<sup>293</sup>.

Isso porque, há uma relação cíclica entre as liberdades e o desenvolvimento: enquanto a liberdade é fundamental para o desenvolvimento, este, por sua vez, assegura e fortalece as demais liberdades. Assim, as liberdades devem ser vistas tanto como o meio (instrumento, método) do desenvolvimento quanto como o seu fim primordial. Ou seja, a liberdade é analisada sob dois aspectos: a) como um meio de desenvolvimento (papel instrumental): no qual se refere à “permissão” da liberdade de ações e decisões; e b) de oportunidades reais ou do fim primordial (papel constitutivo), decorrente de circunstâncias pessoais e sociais; da possibilidade da pessoa fazer escolhas e exercer a cidadania.

---

<sup>291</sup> Amartya Sen é um economista indiano, que recebeu o prêmio Nobel de economia em 1988. Ele é um dos criadores do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH; usado pela Organização das Nações Unidas para o relatório anual sobre o desenvolvimento nos países.

<sup>292</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17.

<sup>293</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 18 e 32-33. O autor ainda afirma que “a liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla: 1) as disposições que visam expandir as liberdades individuais; 2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes”. p. 46.

Em sentido contrário, a privação da liberdade pode ser decorrente tanto de processos inadequados quanto de oportunidades inadequadas que as pessoas têm para realizar o mínimo que gostariam<sup>294</sup>. Amartya Sen afirma que se deve atentar

Para a expansão das “capacidades” das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa relação de mão dupla é central na análise aqui apresentada.<sup>295</sup>

O papel constitutivo da liberdade diz respeito à importância da liberdade substantiva na melhora da vida humana, como a saúde, moradia, segurança, qualidade de vida, incluídas, assim, as capacidades elementares, as capacidades para realizar suas próprias vontades.<sup>296</sup>

Quanto ao aspecto instrumental da liberdade, este consiste na forma como os diversos direitos, bens e oportunidades se relacionam para a expansão da liberdade humana (constitutivas) e para a promoção do desenvolvimento<sup>297</sup>.

O autor entende que há cinco tipos distintos de liberdades instrumentais: liberdades políticas, garantias de transparência, facilidades econômicas, oportunidades sociais, segurança protetora.

1) *liberdades políticas*: consistem nas “oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluírem a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura”<sup>298</sup>, incluem os direitos civis;

2) *garantias de transparência*: “proporcionam uma relação de confiança na sociedade; e são inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e transações ilícitas”<sup>299</sup>;

3) *facilidades econômicas*: são as oportunidades por parte das pessoas para utilizar recursos econômicos para o consumo, produção ou troca. Para isto, os mecanismos de mercado podem ter um valor fundamental, já que permitem a livre circulação de pessoas e produtos na economia;<sup>300</sup>

Não se deve confundir, crescimento econômico com desenvolvimento. Para o economista, apesar de o crescimento econômico ser essencial para o desenvolvimento, com este

<sup>294</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 31-32.

<sup>295</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 31-32.

<sup>296</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 52.

<sup>297</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 54.

<sup>298</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 55.

<sup>299</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 56.

<sup>300</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 55.



não se confunde; sendo um meio de garantir a melhora de vida e expansão das liberdades, mas no seu aspecto instrumental. Ou seja, o crescimento econômico é um instrumento do desenvolvimento, tal como as demais liberdades instrumentais.

As facilidades econômicas descritas pelo economista indiano poderiam ser vistas através da liberdade econômica e da diminuição das suas amarras, que impedem o desenvolvimento do mercado. Dessa forma, o mercado deve ser entendido em ambos os lados, como o sujeito responsável pela produção e venda da mercadoria e serviço e, por outro lado, como o sujeito responsável pela compra do produto e mercadoria oferecidos.

4) *oportunidades sociais*: “são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades têm importância tanto na qualidade de vida quanto na participação econômica e política mais efetiva”<sup>301</sup>;

5) *segurança protetora*: resguarda os vulneráveis de caírem na miséria extrema através de uma rede de seguridade social e outras medidas que visem as garantias mínimas de sobrevivência das pessoas.<sup>302</sup>

Há uma espécie de elo entre essas, cujo aumento da liberdade de uma delas contribui para o aumento da liberdade humana em geral, assim como assessora uma às outras<sup>303</sup>. Ou seja, a expansão de uma dessas liberdades como instrumento acarretaria não só o desenvolvimento social como também influenciaria na expansão das demais espécies de liberdades, no seu papel constitutivo e instrumental. E é aí que reside a eficácia na liberdade instrumental: a inter-relação entre ambas é fundamental para promover as liberdades substantivas.

Conforme o autor,<sup>304</sup>

as liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.

<sup>301</sup> “São as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades têm importância tanto na qualidade de vida quanto na participação econômica e política mais efetiva”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 56.

<sup>302</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 56.

<sup>303</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 54.

<sup>304</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 25-26.

Poderíamos dizer que as liberdades, em suas relações mútuas, seriam ao mesmo tempo instrumentais e constitutivas, sendo uma o instrumento da expansão e construção da outra. Assim, o autor<sup>305</sup> afirma que, “com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros”. Por isso, a importância da expansão das liberdades instrumentais e substantivas.

De toda forma e de acordo com todo o exposto até agora no presente trabalho, podemos entender a dignidade da pessoa humana, como o processo final do desenvolvimento, a partir das liberdades substantivas. A dignidade humana está em o cidadão atuar de acordo com seus valores, ideologias e expectativas, a partir de suas capacidades e sem amarras em liberdades substantiva.

Lembremos que a dignidade da pessoa humana, a partir do ensinamento de Kant, consiste em o *homem não ser tratado como uma coisa*. O ser humano não pode ser tratado como um objeto, como um meio para a prossecução de fins de outrem, inclusive do Estado, ou mesmo para os seus próprios fins.<sup>306</sup> A dignidade é um valor interno de cada homem, no qual a autonomia da vontade, atrelada à natureza racional e a liberdade individual, é o princípio supremo da moralidade.<sup>307</sup> Conforme ensina Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana é uma escolha individual, de forma que ela determina o respeito pela liberdade da pessoa, bem como pela sua autonomia. E, por isso, para sua concretização deve ser observado alguns pontos, dentre eles, a exigência de condições adequadas da vida humana (dignidade material) e a procura da qualidade de vida.<sup>308</sup>

Dessa forma, os direitos sociais – na verdade, a sua não concretização – devem ser entendidos como amarras para a concretização da dignidade humana, mais especificamente como uma amarra para que o indivíduo possa agir de acordo com suas próprias convicções, valores e expectativas. Assim, a dignidade da pessoa humana não só é a base de todos os direitos sociais, mas também o objetivo o qual os direitos sociais servem.

## 2.4 A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

---

<sup>305</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 26

<sup>306</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009. (Vol. I). p. 209.

<sup>307</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009. (Vol. I). p. 210.

<sup>308</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 200.

A Constituição Federal de 1988 traça as linhas de um Estado Social<sup>309</sup> capitalista<sup>310</sup>, com forte intervenção<sup>311</sup> estatal na ordem econômica, seja de forma direta, por absorção ou participação, seja de forma indireta, por direção ou indução.

Apesar de o constituinte ter optado por um Estado Social provedor, a década de 90 é caracterizada por uma mudança na forma do Estado atuar na economia e, por conseguinte, na esfera social (a “Reforma do Estado”)<sup>312</sup>, sob a justificativa de o Estado brasileiro precisar se aproximar - assim como redefinir a sua relação – da (com) sociedade e tornar-se mais eficiente na gestão dos recursos públicos, na implementação de políticas públicas e, por conseguinte, na concretização dos direitos fundamentais.

Assim, argumentou-se que seria necessário o Estado deixar de atuar diretamente na atividade econômica (em sentido amplo), tanto no que se refere às atividades econômicas (em sentido estrito) quanto na prestação dos serviços públicos; “devolver” tal atividade à iniciativa privada<sup>313</sup> e passar a regulá-las. Seria imprescindível a mudança na gestão de administração, de burocrática, pautada na formalidade dos procedimentos e na qual facilitava a corrupção e a preponderância dos interesses pessoais, para uma administração gerencial e democrática, pautada nos resultados e na autonomia da gestão.

O marco da “Reforma do Estado” foi a edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), reformulado pela Lei nº 9.491, de 9

---

<sup>309</sup> André Ramos Tavares, em concordância com o pensamento de Oscar Dias Corrêa, afirma que durante a vigência do século passado e do fracasso tanto dos regimes capitalistas (exacerbado) quanto dos regimes socialistas, houve, de certa forma, em maior ou menor escala, uma capitalização do socialismo e uma socialização do capitalismo. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 42.

<sup>310</sup> Segundo ensina Egon Bockmann Moreira, desde de 1934 o Brasil teria adotado uma espécie de “capitalismo misto”, cuja titularidade dos bens de produção nem é inteiramente do Estado nem dos particulares. Apesar do modelo seguir os paradigmas do sistema capitalista, “não existe uma prévia e plena exclusão de interações estatais no domínio econômico privado”, pois é assegurado ao Estado intervir na ordem econômica, assim como é previsto monopólios. “Isso possibilitou que as interações entre Estado e a economia flutuasse de acordo com as peculiaridades dos governos”. O autor denomina o nosso liberalismo de “liberalismo de circunstância” (“ou de conveniência”), por variar de acordo com o momento histórico. MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2015. p. 1-2.

<sup>311</sup> André Ramos Tavares critica o vocábulo “intervenção”, por este significar “atuação na esfera de outrem”, pois entende que a atuação estatal é inerente e necessária ao mercado. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 53.

<sup>312</sup> Não pretendemos aqui esgotar toda a mudança ocorrida na década de 90 sob a égide da Reforma do Estado, objetivamos, apenas, mostrar aquelas essenciais para o decorrer do presente trabalho.

<sup>313</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto aponta como uma das causas da privatização a instabilidade decisória, haja vista que a atuação direta do Estado na economia pautava-se, não por critérios econômicos, do mercado, mas pela necessidade acomodar interesses políticos imediatos e as questões da alternância de poder. Um exemplo disso seria a política de preços. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 28.

de setembro de 1997 (com as alterações da Medida Provisória 2.161-35, de 23 de agosto de 2001).

Ao analisar este dispositivo normativo, no artigo 1º, já fica clara a transição do Estado Social para o Estado Pós-Social<sup>314</sup>. O art. 1º dispõe como objetivos fundamentais do PND.

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*
- II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;*
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;*
- IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;*
- V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;*
- VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa. (grifo nosso)*

A nível constitucional foram editadas diversas Emendas Constitucionais<sup>315</sup> que afetaram especificamente os monopólios criados pela Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional nº 6/95, suprimindo o art. 171 daquela Carta, a qual trazia a proteção e benefícios especiais à empresa brasileira de capital nacional, desfazendo o conceito de empresa nacional<sup>316</sup>.

As modificações que vieram a alterar os monopólios criados pela Constituição Federal de 1988 são: a Emenda Constitucional nº 5/95, a qual afetou especificamente o monopólio da exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado; a Emenda Constitucional nº 8/95 privatizou o setor de telecomunicação e radiodifusão; e a Emenda Constitucional nº 9/95, o setor petrolífero. Mais recentemente, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.2002, que permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

<sup>314</sup> Salienta-se a atividade regulatória exercida pelo Estado brasileiro já existia de forma pontual em órgãos do Poder Executivo, tal como o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e algumas autarquias, como, por exemplo, os Conselhos de classe. A novidade ocorrida na década de 90 se dá na conotação pretendida pela reforma, como a autonomia e independência e a desfragmentação/descentralização acentuada de uma Administração hierárquica, com o fito de melhorar a gestão e qualificar o trabalho de regulação.

<sup>315</sup> Para José Afonso da Silva, as emendas constitucionais, através da influência da globalização, “favoreceram a globalização da riqueza nacional (o que, em última análise, significa alienação), de que as privatizações têm constituído um instrumento eficiente”. SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 275.

<sup>316</sup> Observa-se que todas essas Emendas são do mesmo dia (15.08.1995).

A Emenda Constitucional nº 19/98 vem, ainda, no esteio da mudança, implementar o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37, por fim ao regime jurídico único dos servidores públicos; flexibilizar a taxativa estabilidade funcional e impor mudanças substanciais no sistema de previdência social.

Em resumo, as reformas econômicas brasileiras envolveram 3 (três) transformações estruturais que se complementam. São elas: a) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; b) a flexibilização dos monopólios estatais; e c) a privatização e desestatização, a qual teve como principais mecanismos a alienação, em leilão na bolsa, do controle das entidades estatais que prestavam atividade econômica (em sentido amplo) e a concessão de serviços públicos a empresas privadas.<sup>317</sup>

Percebe-se, pelo PND, a alteração no modo de atuação no domínio econômico, ocorrida por meio de lei (infraconstitucionalmente), o que gerou diversas discussões na doutrina. Muitos doutrinadores de renome no cenário nacional manifestaram-se pela inconstitucionalidade das reformas. Para Eros Roberto Grau<sup>318</sup>, apesar da reforma ser constitucional do ponto de vista formal, ela seria inconstitucional materialmente. A Carta Magna de 1988 teria estabelecido um modelo econômico de bem-estar, cuja alteração pelo legislador infraconstitucional não seria possível. Para o autor, os programas dos Presidentes é que deveriam se adaptar ao modelo adotado pela constituinte, e não o inverso<sup>319</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho entende que, apesar da reforma não estar prevista nos moldes clássicos de atuação da administração pública, ela consiste no “mero resultado de uma evolução natural no processo cometido ao Estado de gestão dos interesses coletivos.”<sup>320</sup>

Ora, devemos atentar que o modelo econômico adotado pelo Estado é instrumental, com a finalidade de cumprir os seus deveres e objetivos. Não importa o regime assumido pelo Estado brasileiro (meio), o seu fim será sempre o interesse público, a promoção da justiça social<sup>321</sup> e os demais objetivos previstos na Constituição, notadamente em seu art. 3º. Os instrumentos necessários para tal fim poderão mudar, a depender do momento histórico e do

<sup>317</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, fev. 2005. p. 3.

<sup>318</sup> Eros Grau afirmou que as agências reguladoras não passavam de meras repartições públicas. GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>319</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45 e ss.

<sup>320</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2015. p. 83

<sup>321</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

livre jogo político democrático, sem importar se a atuação no domínio econômico se dará de forma direta ou indireta. Qualquer que seja o modo de atuação no domínio econômico, o Estado tem de basear-se nos fundamentos constantes no art. 1º da CF/1988<sup>322</sup>, ter como objetivos aqueles delineados no art. 3º da CF/1988<sup>323</sup> e obedecer aos princípios gerais da atividade econômica<sup>324</sup> positivados no art. 170 da própria Constituição.

Cabe ao Estado, por meio da atuação<sup>325</sup> no domínio econômico e social, seja de forma direta seja de forma indireta, buscar concretizar os valores socioeconômicos consagrados na Carta Magna<sup>326</sup>, tendo como base a dignidade humana, núcleo gerador de todas as demais finalidades sociais e econômicas da regulação<sup>327</sup>.

---

<sup>322</sup> I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

<sup>323</sup> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>324</sup> I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

<sup>325</sup> Segundo Eros Roberto Grau, a atuação estatal ocorre sobre a atividade econômica em sentido amplo, ou seja a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos; já a intervenção estatal ocorre apenas em relação à atividade econômica em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145.

<sup>326</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 2, a. 1, abr. 2003 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12727>>. Acesso em: 5 mar. 2015. p. 2

<sup>327</sup> PLACHA, Gabriel. **A atividade regulatória do Estado**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=46474](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=46474)>. Acesso em: 12 jun. 2019. Segundo o autor, a Justiça social pressupõe necessariamente o desenvolvimento econômico.

### 3. FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

O direito público e o direito privado outrora com espaços de atuação bem definidos, vem passando por esbatimento desse muro que separa as suas atuações. Cada vez mais, há pontos de interseção entre as suas atuações, bem como dúvidas na aplicação de um regime jurídico de direito público e/ou regime jurídico de direito privado.

Assim, busca-se no presente capítulo entender, analisar e dissertar sobre essas interseções, bem como questionar se ela ainda existe, onde e como. Para isso, utilizamos a análise, especificamente, do Direito Administrativo, base do Direito Público, que é ramo da área jurídica que tem sua autonomia mais questionada, além de ser o foco do presente trabalho.

#### 3.1 A RUPTURA DA DISTINÇÃO CLÁSSICA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

O Direito Administrativo surge pós Revolução Francesa, como espécie de Direito Público. Esse ramo do Direito tem por objetivo regular a relação entre o Estado e os cidadãos e/ou o Estado e seus agentes público, ambos no exercício da função executiva. Entretanto, ao “nascer”, na fase do Estado Liberal, o Direito Administrativo tem como base a ideia de autoridade, “*supremacia do interesse público sobre o interesse privado*”, agindo de forma autoritária, com o objetivo de alcançar o interesse público. Conforme narrado no capítulo anterior, essa atuação gerou um paradoxo: ao mesmo tempo que a Administração Pública era uma Administração-poder, com poder de império, executando suas funções de forma unilateral (auto-executória), os direitos fundamentais consistiam na base da formação do Estado Liberal.<sup>328</sup> Por isso, o antigo regime (absolutista), de certa forma, levou para esse novo modelo de Estado, especificamente através da Administração Pública, a sua vertente autoritária.<sup>329</sup>

---

<sup>328</sup> Vasco Manoel afirma que “de acordo com a ideologia do liberalismo político, que considerava a separação entre a sociedade e o Estado como garantia da liberdade individual, a Administração era vista como uma entidade agressiva, cuja intervenção era potencialmente lesiva dos direitos dos cidadãos.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 42-43. Pedro Gonçalves afirma que “o direito administrativo nasceu com uma área de intervenção bem definida e com objectivos muito claros: a área de intervenção era a Administração Pública Liberal, com atribuições meramente ordenadoras e policiais, num contexto de poder e de autoridade; o objectivo que o direito administrativo perseguia era o de condicionar o desempenho daquelas atribuições e, desse modo, sujeitar o exercício do poder público a regras jurídicas” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 270.

<sup>329</sup> Segundo Walter Leisner, o direito público, saído da Revolução Francesa, constitui uma herança do absolutismo. LEISNER *apud* BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a distinção entre direito público e o direito privado. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. I). p. 48.

Entretanto, o surgimento das suas normas é decorrente mais de jurisprudência do Conselho de Estado francês do que de leis que normatizassem a relação entre administração e administrados.<sup>330</sup> Como o seu surgimento decorre a partir do nascimento do Estado Moderno, o Conselho de Estado Francês foi levado a decidir situações que antes não eram imagináveis, em virtude da legitimação dada dos reis e, por consequência, a vedação de erro imputável ao ente político (“*The King can do no wrong*”). Assim, esse órgão passou a adaptar o direito privado para as relações “público”. Isso implica observar que o Direito Administrativo se alimentou de institutos privados até possuir autonomia própria; apesar de isso não querer dizer que o seu núcleo já não tenha mais esse laço histórico.<sup>331</sup>

Não obstante essa aproximação inicial, o seu desenvolvimento foi bem delimitado. Enquanto o Direito Público representava o direito do estado (a esfera pública), o Direito Privado, o direito da sociedade (a esfera dos particulares).<sup>332</sup> Essa distinção, com o tempo, foi sendo questionada, tendo, inclusive, quem questionasse a sua existência e manutenção.

Segundo Walter Leisner, a distinção entre direito público e direito privado é vazia de sentido; sem haver critérios seguros de distinção. Ele fundamenta-se nas seguintes razões: (i) do ponto de vista histórico: “o direito público é um parêntese da história”, surgido com a Revolução Francesa e sem razão para a sua existência nos dias atuais; (ii) do ponto de vista do direito vigente “Possibilidade de caracterizar as principais categorias de direito constitucional, particularmente do direito constitucional enquanto expressão de um regime político democrático, segundo as formas e categorias próximas do direito privado, bem como a

<sup>330</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39.

<sup>331</sup> Para Leisner, o Direito do Estado se alimentou de diversas formas e estrutura do Direito Civil, além de surgir como seu desenvolvimento. LEISNER *apud* BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a distinção entre direito público e o direito privado. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. I). p. 48.

<sup>332</sup> Ao contrário do modelo de Direito Administrativo Francês, base do Direito Administrativo na maioria dos países da Europa e América Latina, no Direito Administrativo anglo-saxão a demarcação da fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado nunca foi uma preocupação. Aline Klein ensina que “A principal diferença é que no Direito anglo-saxão não se afirma a existência de um regime jurídico especial e exorbitante para caracterizar o serviço público. Enquanto no Direito europeu continental o serviço público envolve a assunção de titularidade estatal, no direito norte-americano, por exemplo, não haverá a duplicidade de regimes jurídicos e a interdição de atividades aos particulares, mas sim a sujeição de determinadas atividades a determinadas regras. (...) A rejeição à construção em torno do regime de direito público, cujo debate envolve a discussão sobre a própria existência de um Direito Administrativo, no Direito americano tal distinção de regimes não foi cogitada. O movimento que motivou a formação do Estado americano se pautou no embate em face de privilégios da coroa inglesa. Há um rompimento radical com tudo o que poderia parecer com a atribuição de privilégios, inclusive com a ideia de concessão de serviço público ou de tratamentos jurídicos distintos em função da natureza da pessoa (...) o Direito Americano não cogita que a atividade seja diretamente prestada pelo Estado, mas subordinada a atividade a determinadas regras, sem implicar a exclusividade ou um regime propriamente distinto do Direito comum (normas de regulação, limitação à entrada no mercado, fixação de requisitos de qualidade e preço)” KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-43.



possibilidade de encarar as tarefas do Estado à luz de sua conformação em termos jurídico-privados, avultando a que o aspecto da condução da economia, a qual seria de realizar em termos puramente jurídico-privado”; (iii) ainda do ponto de vista jurídico: em diversos momentos o Direito Administrativo já se encontra orientado no sentido da privatização; (iv) do ponto de vista ideal: a transformação do direito público segundo categorias do direito privado permitindo pensar o Estado como Estado Privado: importaria não abolir o Estado, mas afastá-lo do paradigma Estado Soberano e torna-lo, cada vez mais, um assento privado dos cidadãos.<sup>333</sup>

Miguel Nogueira de Brito, por sua vez, discorda de Leisner.<sup>334</sup> Para o autor português, (i) o Direito Administrativo não seria um parêntese na história, vez que na ideia média já existia um regime que ditava a relação de soberania do ente político com os particulares, embora de forma incipiente, especificamente quanto à organização do poder. Ou seja, já existia o contraste entre os princípios do direito privado, com objetivo de excluir as restrições à liberdade, e o direito para regular a relação dos particulares em relação ao Estado; (ii) a proteção do direito privado na Constituição não tem o condão de transformá-lo em direito público. Ele afirma que tem ter uma consciência de divisão de trabalho entre o plano do direito privado e o plano dos direitos fundamentais:

No plano do direito privado, situa-se a liberdade de produção de efeitos jurídicos que assiste aos particulares nas relações entre si; a esta liberdade, bem como aos atos e negócios nos quais se projete e materialize, é depois associada, no plano dos direitos fundamentais, uma pretensão de defesa perante os poderes públicos.

Para Pedro Gonçalves, o paradigma clássico da distinção entre direito público e direito privado está ultrapassado. Essa ruptura tem está associada à três eixos: (i) *consenso no direito público e autoridade no direito privado*: o direito público, inicialmente criado sob as notas de “poder” e “autoridade” vai dando cada vez mais espaços à ideia do consenso na vontade da administração pública. A “crise do ato administrativo” é um declínio da administração de autoridade, dando, cada vez mais, espaço para uma “administração por contrato”<sup>335</sup>. Por outro

<sup>333</sup> BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a distinção entre direito público e o direito privado. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. I). p. 46.

<sup>334</sup> BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a distinção entre direito público e o direito privado. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. I). p. 52 e ss.

<sup>335</sup> Insta observar que, segundo o autor, “a utilização dos instrumentos de consenso e de concertação (*de regulatory negotiation*) entre a Administração e os particulares não substituem as formas de revelação da autoridade administrativa, limitando-se, mais modestamente, a desempenhar um papel ou *função complementar* do agir administrativamente autoritário”. GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 276-277.

lado, a legislação dos últimas décadas do direito privado confirma um direito privado “atento às relações de poder e de domínio entre particulares”, a afirmar um direito disciplinador, condicionador e limitador da autonomia privada e liberdade contratual; (ii) *Privatização do direito regulador da Administração e publicização do direito privado*: conhecido como o “fenômeno da aplicação do direito privado pela Administração Pública” (“fuga para o direito privado”).<sup>336</sup> Esse movimento corresponde a transportar para o direito privado alguns valores do direito público. Ou seja, a possibilidade de haver contornos autoritários nas relações entre cidadãos/particulares.<sup>337</sup> (iii) *Interconexão e mistura entre direito público e direito privado*: neste ponto, seria as diversas interconexões e misturas ocorridas entre o direito público e o direito privado, especificamente a utilização de normas de direito público nas relações privadas e vice-versa, como é o caso do direito privado administrativo.<sup>338 339</sup>

Entendemos, ainda, que apesar de ainda existir a dualidade, a distância entre os dois ramos do direito foi muito diluída em virtude da constitucionalização do próprio conceito de direito, bem como da ideia cada vez mais forte de proteção e concretização dos direitos fundamentais. Apesar de o Direito Público ter como base a ideia de poder e autoridade e o Direito Privado, a ideia de liberdade e autonomia, ambos são relativizados quando passam a ser vistos a partir dos valores constitucionais.<sup>340</sup>

---

<sup>336</sup> Ver: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009; OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>337</sup> Conforme Pedro Gonçalves, “Associando esta faceta da publicização do direito privado ao processo de privatização de tarefas – sobretudo no domínio das “public utilities” –, a doutrina fala de publicização como (mais) uma “consequência da privatização”. Esta publicização do direito privado passa, em muitos casos, pela imposição legal da aplicação de regras do direito administrativo a actuações privadas (que, sem essa ingerência legal, seriam pautadas pelos princípios da autonomia privada): há, neste domínio, uma cópia variada de situações, que passam pela vinculação de particulares pelo direito administrativo e pelo fenómeno da expansão de valores do direito administrativo para o âmbito das relações entre particulares.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 278.

<sup>338</sup> Sobre o assunto, ver: SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública**: necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>339</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 270-279.

<sup>340</sup> Ver GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. p. 118. Já no positivismo a norma jurídica é vista apenas como regras de categorias deonticas (proibição, obrigação e permissão) que pretende regular a conduta humana, estabelecendo um ato de coerção como sanção (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 61-62). Ela é completada pela própria teoria do ordenamento jurídico. Ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Por outro lado, no pós-positivismo ela é entendida como gênero, da qual são espécies as regras e os princípios; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2008. p. 239.

Com a constitucionalização do direito administrativo, há uma redefinição das bases e institutos do direito administrativo. Se antes a Administração tinha o condão de agir de forma autoritária, sem a observância estrita dos direitos fundamentais, especificamente quando da atuação sob a perspectiva da realização das suas funções, em específico o poder de polícia, com a imersão da esfera axiológica da constituição nas suas normas, é necessário fazer uma reanálise dos seus institutos.

É a ascensão do princípio da juridicidade. Não cabe mais ao Estado apenas criar e aplicar a lei (manutenção da legalidade), senão procurar realizar os valores fundamentais da sociedade. A justiça não pode nem deve ser um monopólio do Estado, reduzida à lei abstrata e/ou deduzida apenas de um ordenamento positivo fechado. Para alcançá-la, é necessário recorrer à sociedade, com abertura das dimensões ético-políticas da legitimidade e da licitude, para a percepção na realidade/caso concreto, sendo necessária uma permanente inspiração, renovação e transcendência<sup>341</sup>.

O princípio da juridicidade pode ser traduzido na evolução do princípio da legalidade – a sua terceira evolução –, em que não se requer mais a adequação de determinado ato apenas à lei, mas sim a um campo bem maior, qual seja: o ordenamento jurídico como um todo sistêmico, imerso em um oceano de valores a guiar essa interpretação/aplicação do direito. Pelo princípio da juridicidade, deve haver a obediência ao ordenamento jurídico com forte carga axiológica, chamado de “bloco da legalidade” ou ainda de “legalidade constitucional”<sup>342</sup>.

A abrangência do princípio da legalidade ocasiona, consequentemente, uma ampliação da validade da norma administrativa, que passa da legalidade formal para a juridicidade: o sujeito competente para exercer a função administrativa não está vinculado apenas à vontade e ao dispositivo legal, como também à vontade juridicamente positivada e aos valores do sistema, perceptíveis através da interpretação constitucional.

Essa nova perspectiva do constitucionalismo surge não só como uma resposta aos anseios sociais, mas também como uma forma de buscar alterar essa mesma sociedade, o qual, através do ordenamento jurídico, irá atuar de forma cíclica e entrelaçado com a política e a sociedade para a evolução constante do mundo contemporâneo. O Estado, por sua vez, como expressão da sociedade e formalizado pelo Direito, passa a acompanhar, a ser o instrumento de

---

<sup>341</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50. O autor afirma ainda que “com o neoconstitucionalismo inspirando essa missão de redefinir um Estado centrado na justiça, estar-se-á também recuperando o princípio original da unidade de poder, continuando conceptualmente indiviso, pois que unitária é sua origem no povo, admitindo, embora, uma ponderada pluralidade de expressão funcionais.” p. 81.

<sup>342</sup> Sobre o princípio da juridicidade, ler BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 139-143.

realização e de busca desses novos objetivos. O centro dessas mudanças, o retorno da esfera axiológica ao sistema jurídico, pode ser traduzido, por um lado, na busca incessante pela concretização e proteção dos direitos fundamentais, reduzidos, em última escala, à dignidade da pessoa humana<sup>343</sup>.

Por outro lado, há uma democratização da sociedade, que passa a refletir diretamente no direito. O Estado deixa de ser o principal ator social para atuar juntamente e/ou subsidiariamente à sociedade, cuja ampliação e reconhecimento de um espaço público se faz necessário. A sociedade deixa a posição passiva da democracia, demonstrada apenas no pleito eleitoral, para buscar junto ao Estado à concretização dos serviços públicos e sociais e a participar, cada vez mais, da gestão da coisa pública, seja controlando, fiscalizando<sup>344</sup> ou participando dos processos de decisão (democracia substantiva). Como consequência desse novo mundo, há um reconhecimento de uma “autonomia política da vontade coletiva como a autêntica geratriz de legitimidade”.<sup>345</sup>

Nesse diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>346</sup> entende como pilares democráticos do novo constitucionalismo os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a participação e o conceito de Constituição como ordem de valores. A ascensão dos *direitos fundamentais*, inspirado nos valores da liberdade e da igualdade, foi fundamental para o reequilíbrio entre as relações do Estado e da sociedade; em que a “nova” *Constituição* redefina a estrutura jurídica dessa relação e a *subsidiariedade* atua na reorganização, em um processo contínuo de “desmonopolização” do poder e aplicando uma nova dinâmica ao princípio da separação do poder. O procedimento, com a abertura para a participação dos interessados nas decisões, passa a ser a “a nova e dinâmica forma de dar legitimação democrática imediata à ação administrativa”.

Essa mudança de paradigma vem ditar as regras de um novo sistema-função da Administração Pública, sendo necessária a revisão e atualização de alguns dos seus principais dogmas, tal como: a) o surgimento do princípio da juridicidade, o qual supera a ideia de que a discricionariedade administrativa seria um espaço totalmente livre, praticamente sem controle,

<sup>343</sup> Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>344</sup> Desde de 1789, no art. XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, era reconhecido o direito da sociedade receber prestação das contas dos agentes públicos, ao prever que “a sociedade tem o direito de exigir contas a qualquer agente público da sua administração”.

<sup>345</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 69.

<sup>346</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - o Caso Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13, 2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=264> >. Acesso em: 17 março 2017. p. 3 e ss.

e a ideia de que a Administração está adstrita apenas à legalidade estrita. Essa derrocada (ou evolução) do princípio da legalidade é consequência de diversos fatores: a ideia de que a lei não é mais expressão da vontade geral e nem um baú onde se encontra a justiça; a crise do modelo da democracia representativa; e o aumento da complexidade das relações econômicas e sociais, o qual tornou o Poder Legislativo incapaz de acompanhar as nuances da sociedade; b) uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, à luz do princípio da proporcionalidade; c) a mudança de uma Administração piramidal e imperial para uma Administração policêntrica e cidadã, voltadas para uma Administração pluralizada e dialógica.

Nesse contexto, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que está superada a ideia de legalidade do ato administrativo a partir, apenas, de uma visão interna do sistema (autolegitimação)<sup>347</sup>. Esta visão “autista” do ato administrativo<sup>348</sup> tem como elementos (I) o caráter unilateral da sua manifestação, (II) na sujeição ao *rule of law*, no qual o agente deve obedecer ao estrito cumprimento do dever legal; e (III) no controle judicial restritivo aos aspectos formais, à relação entre o ato e os comandos legais autorizantes. Essa visão repercute diretamente nos atributos dos atos administrativos: legitimidade e veracidade presumidas, imperatividade, exigibilidade e Autoexecutoriedade<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Para o autor, essa concepção decorre da doutrina positivista, a qual privilegia a vertente estrutural interna ao sistema. Ele o chama de ato administrativo autista, em virtude do déficit de comunicação com o mundo externo, da socialização com a sociedade. Conforme o autor, “a teoria do ato administrativo construída, ao longo de mais de um século, talvez pela forte influência positivista que recebe, privilegia sobremaneira a vertente estrutural interna ao sistema. Temas como a participação dos interessados na formação do ato, o juízo de otimização (proporcionalidade) como condição para a sua validade, a ponderação de interesses públicos envolvidos, sua utilidade para a consagração ou respeito a direitos fundamentais, tudo isso não tem lugar de destaque na teoria tradicional do ato administrativo. Visto pelo ângulo que chamei de estruturalista, o ato administrativo é entendido como manifestação unilateral da autoridade, a qual deve ser analisado apenas a partir dos requisitos internos de validade (competência, forma, limites legais), sem considerar as interações com os interesses e atores externos ao sistema”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96 e ss.

<sup>348</sup> Floriano de Azevedo faz uma analogia entre o ato administrativo, em uma vertente positivista, voltada para aspectos internos ao sistema, com o autismo. O autor conceitua o ato administrativo autista como “a manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um mando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade. À delimitação do que estamos designando de ato administrativo autista, acrescentam-se os chamados atributos do ato, quais sejam: a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a Autoexecutoriedade. Todas estas características concorrem para moldar uma visão de ato administrativo que desconsidera em absoluto a condição do administrado”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96.

<sup>349</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 99 e ss. No mesmo sentido, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300-305; e ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97 e ss.

É necessário que haja uma comunicação do ato administrativo com o meio ambiente (visão externa ao sistema jurídico<sup>350</sup>), cultural, social e econômico, em que seja levada em consideração, para a sua formação, a participação dos usuários, a ponderação dos interesses públicos envolvidos e o respeito aos direitos fundamentais (heterolegitimação). Assim, são vetores dessa transformação: I) a processualidade administrativa, em que o processo administrativo passa a ser, com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, um direito fundamental do interessado; e terá como consequência: a) o dever de a administração observar e levar em consideração todas as posições e contraposições do conflito; b) o dever de a administração realizar um juízo de valor sobre todas as alternativas, ponderando os impactos e fundamentando a melhor escolha (juízo de ponderação); e c) impossibilidade de manter a unilateralidade como pressuposto da prática do ato administrativo. Evolui-se para a “unilateralidade reflexiva”, no qual se perde o viés autoritário do exercício do poder da autoridade.; II) a introdução da consensualidade: supera-se a natureza autoritária para buscar uma consensualidade entre os envolvidos – sempre que possível. Assim, qualifica-se a decisão e facilita a sua absorção pelo sistema social e judicial; III) Amplia-se o controle da Administração Pública, no qual terão papel fundamental o princípio da motivação e publicidade e a teoria dos motivos determinantes<sup>351</sup>.

Todo esse novo ambiente envolto ao Direito Administrativo (“democratização da Administração”<sup>352</sup>), com o cerne nos direitos fundamentais, com o núcleo na dignidade humana, ocasiona a relativização do interesse público sobre o privado<sup>353</sup>. Não há mais a ideia absoluta do interesse público sobre valer, ser supremo, sobre o interesse privado. Relativiza-se esse princípio<sup>354</sup>.

<sup>350</sup> O que o autor aborda no texto como a legalidade externa consiste aqui, na defesa desse trabalho, como legitimidade.

<sup>351</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 103-112.

<sup>352</sup> Conforme leciona Herbert Schambeck, “os princípios da democracia não somente influenciaram na estruturação da administração, mas vincularam ainda mais a administração ao direito”. SCHAMBECH, Herbert. A evolução do direito administrativo na Áustria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 74 out./dez. 1963. p. 58. Di Pietro afirma que dentre as medidas exigidas em virtude da “democratização da administração” estão: a) substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; b) transparência ou publicidade do processo administrativo; c) gestão participada, ou seja, participação dos administrados através de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da administração pública. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Participação da comunidade em órgãos da administração pública. **Revista de Direito Sanitário**, v. 1, n. 1, nov. 2000. p. 39-40.

<sup>353</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que este princípio, juntamente com a indisponibilidade do interesse público, são a base de todo o Direito Administrativo, o qual todos os outros princípios e regras do regime jurídico administrativo decorrem deles. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69 e ss.

<sup>354</sup> Ver ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

Apesar de ser inegável a indeterminação do conceito de interesse público, entendemos que eles estarão delimitados na Constituição, no qual a lei e os atos administrativos irão esgotá-los, a partir do espaço deixado pela norma de hierarquia superior. Ou seja, a compreensão do interesse público é analisada a partir das estruturas lógico-jurídicas do Estado, cujo núcleo consiste nos direitos fundamentais com a diretriz de concretizar os objetivos constitucionais previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988.<sup>355</sup> A partir disso, não podemos entender o interesse público apenas como decorrente dos interesses coletivos, mas como uma decorrência dos direitos fundamentais – em todas as suas dimensões –, no qual o interprete/aplicador do direito,<sup>356</sup> competente para tanto, irá delimitar o seu espaço, até a sua concretização<sup>357</sup>. Ou seja, em face da ampla gama de direitos fundamentais previsto no nosso sistema, a sua definição só poderá ser auferível no caso concreto, a partir da interpretação e dos limites desse mesmo ordenamento. Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que atuam com foco na concretização dos interesses publicísticos, servem de paradigma interpretativo e esboço da pintura e dos limites do quadro normativo da ação administrativa.

Ressaltasse, ainda, que o interesse público depende da matriz política de cada governo, que atuará conforme as diretrizes constitucionais e a partir dos limites jurídicos estabelecidos pelo ordenamento. Como leciona Vieira de Andrade,<sup>358</sup>

---

Acesso em: 26 abr. 2013; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, set./nov. 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/revistaRERE-19-setembro-2009-regina\\_nery.pdf](http://www.direitodoestado.com.br/revistaRERE-19-setembro-2009-regina_nery.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2013.

<sup>355</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>356</sup> Ver: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>357</sup> Conforme Gustavo Binenbojm, “assim, salvo onde o constituinte foi explícito ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros substantivos erigidos pela própria Constituição. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação (...). O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações [entre interesses gerais e individuais. (...)] Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (...) não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. (...) a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação (...) para superar as regras estáticas de preferência atuando (...) com vistas à formulação de *standards* de decisão “(...) Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 86-106.

<sup>358</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Coimbra Editora: Coimbra, 1993. (Vol. V). p. 276.

Um interesse de grupo só vai ser considerado como interesse público se for como tal reconhecido ou qualificado por uma autoridade dotada do poder normativo. Essa qualificação implica uma opção de caráter político, que se entende, em regra, reservada aos órgãos supremos de uma colectividade.

Dessa forma, não se pode mais falar em o interesse público ser supremo aos demais (de forma absoluta): por um lado, como o interesse público está vinculado aos objetivos constitucionais (art. 3º da CF/88) e à concretização dos direitos fundamentais – os quais possuem 3 (três) dimensões/gerações –, houve uma multiplicação daqueles interesses, o que leva ao poder público ter a necessidade de conhecer todos os interesses em jogo para definir o interesse público da situação concreta. Por outro lado, é perfeitamente possível esses interesses públicos serem o próprio interesse privado na situação específica.

A juridicidade confere um quadro normativo a ser afunilado na situação concreta pelo ato administrativo, cuja discricionariedade administrativa atuará dentro dos limites legais, ponderando o esboço desse quadro normativo. O princípio (postulado normativo)<sup>359</sup> da proporcionalidade/razoabilidade é corolário desse novo Direito Administrativo, da relativização da supremacia do interesse público, com a função de reduzir a discricionariedade administrativa<sup>360</sup>, evitando que esta sirva como instrumento de arbitrariedade disfarçado de legalidade.

O princípio da proporcionalidade/razoabilidade<sup>361</sup>, tal como consagrado pela Constituição Alemã de 1949, a Constituição de Bonn, tem por objetivo proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais através de três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A ideia desse princípio consiste na relação entre meio e

<sup>359</sup> Humberto Ávila entende a proporcionalidade como um postulado normativo, o qual é uma condição de conhecimento do ordenamento jurídico. Para Ávila, para se conhecer uma norma é imprescindível conhecer a sua pré-compreensão (pelo sujeito cognoscente) definida como as diversas expectativas possíveis na situação concreta, e a hipótese (postulado da reflexão). Esse papel é desempenhado pela proporcionalidade ao ponderar as diversas expectativas em jogo, mas para isso é necessário conhecer quais as expectativas. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>360</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, ver o meu artigo: DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. O princípio da proporcionalidade como limite à discricionariedade administrativa. **Revista Jurídica Eletrônica**, n. 6, a. XII, jul. 2009, Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)>. Acesso em: 10 mar. 2018. E BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

<sup>27</sup> O princípio da proporcionalidade ou proibição dos excessos (*Übermass*), como construção da dogmática dos franceses e alemães, corresponde ao princípio da razoabilidade dos norte-americanos. O princípio da proporcionalidade, como é adotado na doutrina e jurisprudência moderna pátria, surgiu com as teorias de limitação do poder de polícia no Direito Administrativo francês, posteriormente transportado e recepcionado pelo Direito Constitucional alemão. Esse princípio teve início com a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, momento em que se passa a controlar o poder de coação do monarca, denominado de “poder de polícia”, ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar; com o objetivo de garantir à liberdade individual em face de interesses da administração.



fim: se o meio utilizado pelo poder público é o mais adequado e o menos oneroso aos particulares para atender a finalidade pretendida pela Administração.

O princípio da adequação revela-se na utilização da medida adequada, idônea para atingir o fim pretendido (conformidade com os fins); se é possível atender determinada finalidade com o meio escolhido. Enquanto o princípio da necessidade caracteriza-se na ideia de a medida restritiva do direito fundamental, adotada para atender o fim proposto deva ser a menos lesiva<sup>362</sup>.

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*princípio da justa medida*), realça a ideia de equilíbrio entre valores e bens. Canotilho<sup>363</sup> afirma que uma determinada medida restritiva, embora adequada e necessária, pode ser considerada excessiva ou desajustada quando restringir direitos, liberdades e garantias não necessárias para alcançar os resultados obtidos. A diferença entre o princípio da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito encontra-se, primeiramente, delimitado por uma relação de possibilidades fática, enquanto, posteriormente, parte-se para a delimitação pelas possibilidades jurídicas<sup>364</sup>.

No Direito português, Canotilho<sup>365</sup> ensina que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição do excesso, foi elevado à categoria dos princípios constitucionais, disposto nos arts. 18º/2,<sup>366</sup> 19º/4,<sup>367</sup> e 266º/2<sup>368</sup> da Constituição portuguesa. Ou seja, o doutrinador português adotou a corrente alemã na subdivisão do princípio ora em comento.

Já no Direito Francês, a aplicação do princípio da razoabilidade entre meios e fins seria um dos aspectos do princípio da proporcionalidade. Naquele ordenamento jurídico o poder judicial possui amplos poderes de revisão dos atos discricionários<sup>369</sup>, inclusive sobre os

<sup>362</sup> Para Canotilho “uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos <<coactivo>>, relativamente aos direitos restringidos.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 617.

<sup>363</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 617.

<sup>364</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 145.

<sup>365</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 617.

<sup>366</sup> “Art. 18º. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

<sup>367</sup> “Art. 19º. 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respetivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.”

<sup>368</sup> “Art. 266º. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

<sup>369</sup> Na visão de Maria Sylvia Zanella di Pietro, “a jurisdição administrativa francesa desempenha papel fundamental no que diz respeito à criação do direito e, à medida que o faz, diminui o campo da discricionariedade e aumenta o da vinculação”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 183.

elementos de fato do ato administrativo, em três graus diferentes: controle da materialidade dos fatos, controle sobre a qualificação dos fatos e controle sobre a adequação da decisão aos fatos; esse último apenas nas medidas restritivas da liberdade pública.

No Direito americano, apesar do princípio em comento ter surgido como decorrência do *duo process of law*, o mesmo evoluiu para adquirir um sentido substancial, vinculando-se ao princípio da igualdade, constituindo-se como fundamento para a análise dos atos da administração pública, seja aquele emanado do poder legislativo ou do poder executivo.

De toda a forma, o princípio da proporcionalidade tem como fundamental importância reduzir a discricionariedade e aumentar a vinculação, o que consistiria em uma espécie de garantia dos direitos fundamentais contra a atuação estatal com restrições desnecessárias ou abusivas (limite material<sup>370</sup>) – tão importante em um Estado de Direito – e, por conseguinte, relativizaria o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ou seja, a proporcionalidade corresponde aos limites externos da discricionariedade<sup>371</sup>, isto é, da liberdade de decisão do aplicador-concretizador<sup>372</sup> desses direitos.

Apesar de esse princípio não estar expresso na Constituição Federal brasileira, ele é o complemento do princípio da reserva legal formal, cuja junção transmudaria este no princípio da reserva legal substantiva/proporcional, sendo este decorrência da própria natureza constitucional, com base no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88) e no princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF/88). Apesar da omissão constitucional, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, faz a sua previsão em seu artigo 2º, parágrafo único, inc. VI, quando dispõe como critério do processo administrativo a ser observado “*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*”; determina observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inc. VIII); e adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inc. IX); estando previsto também no art 29, §2º, dessa mesma Lei, ao dispor: “*os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes*”. E ainda: A EC 45/04 incorporou no rol dos direitos

<sup>370</sup> A Constituição Federal de 1988 colocou a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, os direitos fundamentais como elemento central do sistema jurídico. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2008. p. 109.

<sup>371</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153.

<sup>372</sup> A aplicação-concretização dos direitos fundamentais é uma forma de interpretar a constituição.

fundamentais do art. 5º, inc. LXXVIII,<sup>373</sup> da Carta Substancial a previsão da razoável duração do processo.

A Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, considera inexistente o motivo e nulo o ato administrativo, quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o pedido é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (art. 2º, parágrafo único, “d”)<sup>374</sup>; fazendo, ambas, alusão ao princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, caso a Administração haja de forma abusiva ou restritiva a direitos fundamentais, no momento em que cabe adotar alguma outra medida menos invasiva àqueles direitos, esse ato da administração será eivado de ilegalidade, por ferir o princípio do devido processo legal substantivo, na medida em que fere o princípio da proporcionalidade.

Além disto, a administração pública, conforme vimos defendendo ao longo desse trabalho, acaba por se descentralizar na medida em que assume mais tarefas públicas. Com vistas a atender as exigências sociais, o ente público toma para si a prestação de diversas atividades e serviços, de modo a ampliar-se cada vez mais. Entretanto, para satisfazer essas exigências, o ente político utiliza-se de modelos privados na sua prestação, seja através de contratos e convênios com entidades privadas seja na gestão privada de entidades descentralizadas, dentre outras alternativas.

Por outro lado, o Estado, em se tratando de relações privadas, deixa de atuar de forma meramente negativa e passa a exercer uma função intervencionista, no qual “a atenção do legislador se volta para a função social que os institutos privados devem cumprir procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos”.<sup>375</sup> É o que se chama de dirigismo contratual.

A legislação (*latu sensu*) se utiliza dos princípios - que garantem a abertura ao sistema jurídico, gerando uma maior flexibilização ao intérprete – para estabelecer cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), nas quais consagrarão os valores adotados pela Constituição

---

<sup>373</sup> “Art. 5º (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>374</sup> Art. 2º (...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”

<sup>375</sup> TEPEDINO, Gustavo. As novas relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 217.

e, de certa forma, vincular as normas legais e contratuais.<sup>376</sup> Há, ainda, doutrinadores que não falam mais em autonomia de vontade, mas sim em autonomia privada<sup>377</sup>.

A autonomia privada, base do Direito Privado, tem como um de seus pressupostos a livre iniciativa, positivada na Carta Magna como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, IV). No entanto, essa livre iniciativa não ocorre mais ausente de limites. Ela deve observar, pois, a sua função social, não podendo operar ao seu bel prazer.<sup>378</sup>

Nesse diapasão, apesar da Constituição garantir expressamente o direito de propriedade como um direito fundamental (art. 5º, XXII), ela afirma que esse direito de primeira geração tem de atender a sua função social (art. 5º, XXIII). O Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), seguindo o entendimento constitucional, dispôs que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...)” (art. 1.228, parágrafo 1º).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 adotou como um dos objetivos da República Federativa do Brasil “constituir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I). Veja que o constituinte afirmou que o objetivo pertence à República, e não ao Estado isoladamente. Dessa forma, não só o ente político mas também os cidadãos devem ter como fim a construção de uma sociedade justa e solidária.

O Código Civil de 2002, por sua vez, em consonância com a Constituição Federal, dispôs o princípio da função social e solidária do contrato quando afirma que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (art. 421). E ainda, o parágrafo único, do artigo 2.035, estabelece que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”.

Este princípio deve ser entendido como uma forma de limitar a vontade individual em consonância aos valores supraindividuais inseridos na Constituição, harmonizando-se, pois, com o ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>376</sup> Isto consiste também em uma técnica legislativa: quanto maior o “grau normativo” de uma norma, maior a sua abstração, possibilitando que as normas inferiores venham a fechar o sistema, pois estas são mais facilmente modificáveis. Os princípios constitucionais possuem uma maior abstração, pois, por serem valores sociais consensuais, podem ser entendidos em cada momento de uma forma diferente.

<sup>377</sup> JOSLIN, Erica Barbosa; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Os contratos na perspectiva humanista do direito: o nascimento de uma nova Teoria Geral dos Contratos. **Revista Jurídica Cesumar**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2010. Disponível em: <[www.cesumar.br/pesquisa/periodicos](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

<sup>378</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 201.

Para Erica Barbosa Joslin e Vladimir Oliveira da Silveira, a função social e solidária do contrato tem eficácia tanto interna quando externa.<sup>379</sup> Aquela abordando os seguintes aspectos: a proteção dos vulneráveis contratuais;<sup>380</sup> a irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana;<sup>381</sup> vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual; nulidade das cláusulas antissociais ou abusivas; e o princípio da manutenção contratual.<sup>382</sup>

Quanto à função externa do contrato, está relacionado à proteção dos interesses difusos e coletivos em nome do princípio da solidariedade e da eficácia do contrato perante terceiros, que têm legitimidade de invocar o contrato sempre que reflexivamente forem atingidos por seus termos.

O Código privado ainda previu, em seu art. 422, o princípio da boa-fé objetiva. In verbis: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.<sup>383</sup>

O princípio da boa-fé objetiva diz respeito aos deveres anexos que os contratantes devem ter para com a outra parte, tanto nas fases pré e pós-contratual quanto durante o contrato. Esses deveres estão implícitos no ordenamento jurídico e dizem respeito ao dever de informar, colaborar, lealdade, transparência, confiança e etc.<sup>384</sup>

Nesse sentido, podemos concluir que, com a constitucionalização do direito civil, há uma aproximação desse ramo do direito com o direito público, de forma, inclusive, a relativizar diversos dos seus principais institutos e bases, como a autonomia da vontade, o contrato, o princípio do *pacta sunt servanda* etc. Por outro lado, há uma tendência de privatização do direito administrativo, no sentido de caminhar na direção de utilização de instrumentos jurídicos e fáticos do direito privado no exercício da função pública, com vistas à consecução do interesse público.

<sup>379</sup> JOSLIN, Erica Barbosa; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Os contratos na perspectiva humanista do direito: o nascimento de uma nova Teoria Geral dos Contratos. **Revista Jurídica Cesumar**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2010. Disponível em: <www.cesumar.br/pesquisa/periodicos>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 43.

<sup>380</sup> Nesse sentido, Gustavo Tepedino afirma que os princípios constantes do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) devem ser entendidos e utilizados com força de norma constitucional. Essa interpretação decorre do § 2º do art. 5º da CF/88, no qual dispõe, em sua primeira parte, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. TEPEDINO, Gustavo. As novas relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 230.

<sup>381</sup> Tem por fim não reconhecer a eficácia das cláusulas cujo conteúdo afronte os bons costumes e a ordem pública.

<sup>382</sup> A extinção do contrato deve ser a última medida aplicável possível.

<sup>383</sup> E ainda: todos os contratos deverão obedecer às diretrizes estipuladas nos artigos 421 ao 426 do Código Civil.

<sup>384</sup> JOSLIN, Erica Barbosa; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Os contratos na perspectiva humanista do direito: o nascimento de uma nova Teoria Geral dos Contratos. **Revista Jurídica Cesumar**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2010. Disponível em: <www.cesumar.br/pesquisa/periodicos>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 48.

### 3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO É MONOPÓLIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

O Direito Administrativo nasce como ramo autônomo do Direito Público, com o objetivo de regular as relações entre o Estado e os cidadãos e o Estado e os agentes públicos, no exercício da função administrativa. Entretanto, faz-se imprescindível passarmos a discutir se a Administração Pública tem o monopólio do Direito Administrativo, bem como se o exercício da função administrativa implica necessariamente na utilização do Direito Administrativo, através, obviamente, do seu regime jurídico de direito público. Isso porque, com a crise do Estado Social, a gestão pública e a forma da administração pública se organizar foram alvos de muitos questionamentos, o que gerou uma crise da legitimidade da administração e do direito administrativo.<sup>385</sup>

#### 3.2.1 O Direito Administrativo e a Administração Pública

A Administração Pública corresponde à máquina administrativa, responsável pelo funcionamento, execução concreta de políticas públicas, a estrutura física, o lado prático do Estado. Ela pode ser observada sob diversos sentidos. Em sentido subjetivo (ou orgânico ou estrito), a Administração Pública<sup>386</sup> abrange os sujeitos que realizam atividade administrativa, ou seja, todos os órgãos, entes e agentes públicos administrativos incumbidos da realização de atividades de cunho administrativo. Assim, não se confunde com o Poder Executivo, vez que designa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa: Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista etc. Toma-se aqui o sujeito da função administrativa, seja da Administração Direta ou da Administração Indireta.

Em sentido objetivo, administração pública<sup>387</sup> corresponde ao exercício típico de atividade ou função administrativa propriamente dita, consistente na defesa concreta do interesse público (é o exercício da função administrativa) – função administrativa incumbida primordialmente ao Poder Executivo. É a gestão dos interesses públicos executada pelo Estado. Segundo di Pietro,<sup>388</sup> a administração em sentido objetivo abrange as atividades de fomento, polícia administrativa e a prestação de serviços públicos.

---

<sup>385</sup> Sobre a crise do Direito Administrativo, ver: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 304 e ss.

<sup>386</sup> Com iniciais maiúsculas.

<sup>387</sup> Com iniciais minúsculas.

<sup>388</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 48.

O Direito Administrativo, por sua vez, é o conjunto de normas e princípios que, visando sempre o interesse público, regem as relações entre as pessoas e órgãos do Estado e entre estes e as coletividades que devem servir.<sup>389</sup> Ou seja, é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa,<sup>390</sup> bem como as pessoas e órgãos que a desempenham, especificamente na relação jurídica entre o Estado e os seus agentes públicos e entre o Estado e a sociedade.

Hely Lopes Meirelles conceitua o Direito Administrativo como o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.<sup>391</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>392</sup> ele não é um Direito criado para subjugar os interesses ou direitos dos cidadãos aos do Estado. Ao contrário, surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra os descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. É, por excelência, o Direito defensivo do cidadão.<sup>393</sup>

O Direito Administrativo, como ramo disciplinador do exercício da administração pública, é um sistema que contém princípios que lhe são peculiares e guardam uma relação

---

<sup>389</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73.

<sup>390</sup> Paulo Modesto afirma que “o direito administrativo é a parte do direito público que tem por objetivo específico o regime jurídico comum da função administrativa do Estado. Trata-se de subsistema de normas jurídicas, integrado no direito público, disciplinador da organização, das formas de expressão e dos limites jurídicos comuns a qualquer desempenho da função administrativa do Estado, realizada por entidades, órgãos e agentes governamentais ou por particulares em atividade delegada. É dizer: o direito administrativo aglutina as normas do ordenamento jurídico dirigidas a regular, sob regime jurídico de direito público, as estruturas subjetivas, as formas objetivas e os meios necessários ao exercício da função administrativa do Estado. Nele se inclui, também, as normas voltadas a disciplinar as relações jurídicas decorrentes do exercício da função administrativa e as formas e garantias e controle à disposição dos cidadãos para contenção do exercício da função administrativa nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.” MODESTO, Paulo. Notas de Introdução ao Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 1-2.

<sup>391</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 69.

<sup>392</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

<sup>393</sup> Ruy Cirne Lima conceitua o Direito Administrativo como “ramo do Direito Positivo que, específica e privativamente, rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas e a organização e os agentes do Poder Executivo das politicamente constituídas e lhes regula, enfim, os seus direitos e obrigações, em suas relações, umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade” LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 25-26; Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata.” MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 200. Hartmut Maurer afirma que “ele regula, ao contrário, também e exatamente, as relações entre a administração e o cidadão e fundamenta, por conseguinte, direito e deveres para o cidadão, mas, justamente, sempre em relação à administração.” MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 38.

lógica de coerência e unidade.<sup>394</sup> Esse sistema nasceu com base na ideia de poder e autoridade, em que dois princípios correspondem às pedras angulares: supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.<sup>395</sup>

Em razão disto, especificamente destes dois princípios delimitados acima, Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>396</sup> afirma que o regime jurídico administrativo é o conjunto de normas jurídicas de Direito Público, que instituem *prerrogativas públicas (privilégios)* e *sujeições* para a Administração.

Não obstante o Direito Administrativo ser o ramo jurídico próprio da Administração Pública, esta pode valer-se de normas do Direito Privado, desde que imprescindível para o cumprimento da função administrativa.<sup>397</sup> Guilherme de Carvalho e Sousa afirma que a busca pela eficácia dos resultados pela Administração Pública, possibilita a previsão do legislador (ainda que implícita) para adotar as formas próprias do Direito Privado, o que não inibe a atividade de controle.<sup>398</sup>

Com o crescente crescimento da atividade administrativa e, por conseguinte, do exercício desta por particulares, surge diversos questionamentos, como se os particulares estariam sujeitos ao Direito Administrativo e/ou se este seria um ramo próprio da Administração Pública, bem como a existência de normas privadas inserta nesse ramo do Direito.

Desta forma, urge questionarmos qual o conceito do Direito Administrativo, especificamente quanto à sua natureza e quais elementos o caracteriza.

### 3.2.1.1 A natureza do Direito Administrativo

<sup>394</sup> Sobre a coerência e unidade do ordenamento jurídico, ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1999; e BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

<sup>395</sup> Não obstante esses princípios serem as pedras angulares do sistema normativo do regime jurídico administrativo, nos últimos tempos, há uma tendência de relativização, em razão da proteção dos direitos fundamentais e atendimento das garantias fundamentais, balizados pelo princípio da razoabilidade.

<sup>396</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62.

<sup>397</sup> SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública: necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 42.

<sup>398</sup> SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública: necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 43. O autor afirma, ainda, que “o desenvolvimento original do Direito Administrativo, assim como fora concebido na França e, erroneamente alardeado como incorporado de tal modo ao Direito brasileiro, já não encontra recosto na atualidade. O fenômeno pelos quais se propugna essa transformação são vários, a começar pela própria modificação no conceito de sociedade e, conseqüentemente, nas relações que a Administração Pública com ela mantém.” p. 45. Sebastián Baquer afirma que o Direito Administrativo tem decorrência no Direito Privado, na forma que seus institutos e têm suas raízes básicas neste ramo. Assim, o Direito Administrativo seria secundário em relação ao Direito Privado. BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. **El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones**. Madrid: Civitas, 1996. p. 24.



O Direito Público existe para justificar a utilização do poder/força estatal.<sup>399</sup> O Direito Administrativo, por sua vez, é o ramo clássico do Direito Público, cujo papel é estabelecer as fundações e a disciplina jurídica da atuação do Poder Público, orientado pela prossecução do interesse público.<sup>400</sup> Ao discutirmos a natureza do Direito Administrativo, é necessário observar algumas vertentes. Diego Freitas do Amaral<sup>401</sup> afirma que há 3 (três) teses acerca da natureza desse ramo do Direito: a) o Direito Administrativo seria um conjunto de exceções do Direito Privado, de modo a consistir em um Direito Excepcional; b) O Direito Administrativo é o Direito comum da Administração Pública, em seu sentido subjetivo (ou estatutário); c) O Direito Administrativo é o Direito comum da administração pública, em seu sentido objetivo, especificamente da função administrativa.

Há doutrinadores, como Sebastián Baquer,<sup>402</sup> que entendem que o Direito Administrativo tem decorrência no Direito Privado, na forma que seus institutos têm suas raízes básicas neste ramo. Assim, o Direito Administrativo seria secundário em relação ao Direito Privado. Para os defensores desta tese, o Direito Administrativo é uma decorrência de adaptações do Direito Privado para o ente público, de modo a criar algumas exceções, quando cabível. Isso ficaria plenamente demonstrado ao observarmos a criação do Direito Administrativo, a qual surge a partir de decisões do Conselho de Estado Francês, na adaptação das normas do Direito Privado para o Estado.

Há, ainda, a doutrina estatutária. Esta defende que o Direito Administrativo é o Direito próprio da Administração Pública. Na Espanha, essa tese foi defendida por García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez,<sup>403</sup> que ensinam que “o Direito Administrativo é o direito comum

<sup>399</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 280.

<sup>400</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 280-281.

<sup>401</sup> AMARAL, Diego Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. (Vol. I). p. 140.

<sup>402</sup> BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. **El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones**. Madrid: Civitas, 1996. p. 24.

<sup>403</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. (Vol. I). p. 72. Os autores afirmam ainda que “Sob a influência da ideologia liberal se impôs o dogma da incapacidade do Estado para ser empresário e, para atender às exigências que, em determinados momentos, se apresentam para a organização de serviços que pressupõem explorações industriais, recorreu-se à técnica da concessão, em virtude da qual a gestão do serviço é entregue a um empresário privado sob determinadas condições, retendo a Administração a titularidade última do serviço objeto da concessão e com ela os poderes de polícia necessários. Porém, em outras ocasiões, a Administração concedente delega ao concessionário o exercício destes poderes de polícia sobre os usuários do serviço. Este exercício, pelo concessionário, dos poderes de polícia delegados, se traduz em atos (por exemplo, a imposição de multas ao usuário que infringir os regulamentos do serviço), cuja virtude e eficácia são as mesmas que se tivessem sido impostos pela Administração que delega. São, pois, verdadeiros atos administrativos, na medida em que o concessionário atua no *lugar* da Administração Pública como delegado desta. (...) O delegado (que pode ser outra Administração Pública ou, inclusive, um simples sujeito

de alguns sujeitos especiais, as administrações públicas, nessa qualidade.” Para esses autores, o Direito Administrativo regula certas espécies de sujeitos, cujo coletivo se denomina de “Administração Pública”, o qual não se sujeita ao Direito Comum, salvo em caráter instrumental.

Em Portugal, essa tese é defendida por Sérvulo Correia.<sup>404</sup> O autor conceitua o Direito Administrativo como

O ramo do Direito Público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam em termos específicos as relações entre órgãos da Administração e entre a Administração e os particulares.

Sérvulo Correia afirma que o Direito Administrativo regula a gestão da coisa pública, vez a natureza dos sujeitos competentes para tanto; enquanto o Direito Privado, o direito comum da sociedade. Vejamos:

O Direito Administrativo é um direito estatutário na medida em que “apenas regula, e em termos específicos, a organização, a actuação e as relações de certa classe de sujeitos, subtraindo-os nessa medida à incidência do direito aplicável ao comum das pessoas. O estatuto em não tem uma vocação globalizante: a frequente utilização de instrumentos de direito privado para a realização de finalidades públicas permite afirmar que o regime jurídico da Administração possui uma estrutura dualista (...) o Direito Privado, com direito comum à generalidade das pessoas, rege a gestão privada, ao passo que a gestão pública constitui o objeto de um direito original, cuja especificidade decorre da razão de ser das entidades.”<sup>405</sup>

Para os defensores desta doutrina, o processo e a forma são os critérios distintivos. As normas de direito público são caracterizadas pela imperatividade, ou seja, pela atuação com superioridade/supremacia sobre os particulares e sujeições unilaterais. Já as normas de direito privado, não há essa característica; prevalecendo a posição horizontal – sem superioridade entre as partes – e com a presença da autonomia da vontade.<sup>406</sup>

---

privado) atua no âmbito da delegação como se fosse a própria Administração Pública que delega. Dentro desta conjuntura concreta, as relações jurídicas entabuladas entre os particulares e o delegado será, também, administrativas, mesmo que este último seja formalmente um sujeito privado.” ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. Revisor Técnico Carlos de Ari Sundfeld. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 61/62.

<sup>404</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Noções de Direito Administrativo**. Lisboa: Danúbio, 1982. (Vol. I). p. 54.

<sup>405</sup> CORREIA *apud* ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 347.

<sup>406</sup> MODESTO, Paulo. Notas de Introdução ao Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 6.

Parejo Alfonso afirma que o calcanhar de Aquiles desta tese é o seu formalismo; o que a tornaria incompleta como chave explicativa, vez que “se tal formalismo lhe permitiu adaptar-se às notáveis mudanças que têm acontecido, agarrou-a – como contrapartida – a um mundo conceptual que entrou em crise.”<sup>407</sup>

Diogo de Freitas do Amaral, por sua vez, discorda da posição defendida por Sérvulo Correia. Para aquele, a Administração Pública não vive regulada por apenas um estatuto jurídico, mas por dois: o estatuto de Direito Administrativo e o estatuto de Direito Privado.<sup>408</sup> Ou, ainda, por três regimes, se considerar o chamado “Direito Privado Administrativo”,

Que é um direito privado especial aplicável à Administração Pública. (...) O Direito Privado da Administração é um direito específico dos sujeitos de direito público, mas não é Direito Administrativo: aquele, sim, é um direito estatutário; este porém não é, porque o âmbito de aplicação do Direito Administrativo se define objectivamente, em função da atividade administrativa da gestão pública, e não subjectivamente, em função das pessoas colectivas públicas.<sup>409</sup>

Nesse sentido, o autor português afirma que “o facto de uma norma jurídica ser privativa da Administração Pública, ou de uma especial pessoa colectiva pública, não faz dela necessariamente uma norma de direito público.”<sup>410</sup> Por outro lado, conforme afirma Prosper Weil,<sup>411</sup> o Direito Privado incidente sobre a atividade administrativa se encontra “colorido pela finalidade do interesse geral e reveste um certo particularismo; nunca é idêntico ao que se aplica nas relações entre particulares.”

Em relação ao conceito de Direito Administrativo, posição semelhante à de Freitas do Amaral é a da professora Maria João Estorninho, para quem

O Direito Administrativo tem carácter abrangente e é, como afirma García de Enterría, um ‘microcosmos jurídico’, que tende a abarcar todas as áreas de actuação, não de

---

<sup>407</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. Introducción: el surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo. In: ALFONSO, Luciano Parejo; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ÁLVAREZ, Luis Ortega. **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990. p. 27. Para Maria João Estorninho, “a maioria das teorias explicativas da natureza do Direito Administrativo continua ‘agarrada’ aos quadros conceptuais tradicionais e é desajustada a esta Administração Pública deste Estado Pós-Social dos anos noventa, tendo nomeadamente dificuldade em assimilar os fenómenos da atividade administrativa de prestação, bem assim como as actuações negociais, consensuais, informativas ou planificadoras que, como vimos, são hoje comuns na actividade administrativa” ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 350.

<sup>408</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. Apreciação da dissertação de doutoramento do Lic. J. M. Sérvulo Correia: legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, vol. 29, 1988. p. 159-166.

<sup>409</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. (Vol. I). p. 142.

<sup>410</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. (Vol. I). p. 143.

<sup>411</sup> WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 100.

todas as 'entidades administrativas' (como afirma o critério estatutário), mas sim de todas as entidades que exercem a função administrativa.<sup>412</sup>

Assim, a professora afirma que se, por um lado, o Direito Administrativo abrange a atuação da Administração Pública, em sentido subjetivo; por outro lado, abrange, também, a atividade das entidades privadas que colaboram com a Administração. Estorninho<sup>413</sup> continua afirmando que isto, por si só, implica a observância de certa diversidade de regimes dentro do próprio Direito Administrativo, além da necessária existência de “graus diferentes de especificidade de tais normas jurídico-administrativas.”

Por fim, Freitas do Amaral conclui no sentido de que o que caracterizaria o Direito Administrativo seria a procura de harmonização das necessidades da ação administrativa, na prossecução do interesse público, com garantia dos particulares.<sup>414</sup> Assim, o Direito Administrativa teria uma função mista: legitimar a intervenção da autoridade pública e proteger a esfera jurídica dos particulares; “permitir a realização do interesse colectivo e impedir o esmagamento dos interesses individuais; numa palavra, organizar a autoridade do poder e defender a liberdade dos cidadãos.”<sup>415</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>416</sup> afirma que

---

<sup>412</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 351. Para a autora “a maioria das teorias explicativas da natureza do Direito Administrativo continua ‘agarrada’ aos quadros conceptuais tradicionais e é desajustada a esta Administração Pública deste Estado Pós-Social dos anos noventa, tendo nomeadamente dificuldade em assimilar os fenómenos da atividade administrativa de prestação, bem assim como as actuações negociais, consensuais, informativas ou planificadoras que, como vimos, são hoje comuns na actividade administrativa” p. 350. Dessa forma, o Direito Administrativo seria o direito comum da função administrativa do Estado. Há, ainda, quem adota posição ainda mais abrangente, entendendo que esse ramo do Direito seria o direito comum do direito público. Sobre o conceito de direito administrativo como direito comum, ver: VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Madrid: Aguilar, 1980. p. 39; e ARÉVALO, M. F. Clavero. Consecuencias de la Concepción de Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal. In: **Estudios de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1992.

<sup>413</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 351.

<sup>414</sup> AMARAL, Diego Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. (Vol. I). p. 148.

<sup>415</sup> AMARAL, Diego Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. (Vol. I). p. 144-145.

<sup>416</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. In: **Curso de Direito Administrativo, obra coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 13. Posteriormente, o autor afirma que o Direito Administrativo se estrutura com base no binômio prerrogativas da administração e os direitos dos administrados, vale dizer, permanece tencionado permanentemente entre a proteção e a garantia dos indivíduos em face do Poder do Estado e a supremacia do interesse público. Sobre a temática, Diogo Freitas do Amaral ensina que “a função do Direito Administrativo não é, por consequência, apenas ‘autoritária’, como sustentam as *green-light theories*, nem é apenas ‘liberal’ ou ‘garantística’, como pretendem as *red-light theories*. O Direito Administrativo desempenha uma função mista, ou uma dupla função: legitimar a intervenção da autoridade pública e proteger a esfera jurídica dos particulares; permitir a realização do interesse colectivo e impedir o esmagamento dos interesses individuais; numa palavra, organizar a autoridade do poder e defender a liberdade dos cidadãos”. AMARAL, Diego Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997. (Vol. I). p. 144-145. Paulo Modesto afirma que “no Brasil, por fatores variados, inclusive pela forma predatória de nossa

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da administração. É ele que disciplina as relações entre a Administração e os administrados. Não poderia existir numa época em que o Direito Público praticamente se resumia em um brocado: 'O que agrada ao príncipe tem vigor de lei'. Só poderia existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão, o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. Mas é, por excelência, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que ama o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.

Haveria, contudo, um Direito da Administração, que é composto pelo Direito Administrativo e pelo Direito Privado aplicável à Administração. O Direito Privado da Administração manifestou-se inicialmente através da Teoria do Fisco: o patrimônio público pertenceria ao Fisco,<sup>417</sup> e não ao Estado nem o príncipe, de modo a estar regulado pelo Direito Patrimonial, parte do Direito Privado, e submetido às normas do Direito Civil.<sup>418</sup>

Pela Teoria do Fisco, o Estado passou a diferenciar os atos de soberania e os atos patrimoniais. Para Otto Mayer,<sup>419</sup> essa Teoria estabeleceu uma diferença na personalidade estatal. Os atos relacionados à soberania seriam geridos pelo Direito Público, com normas derogatórias do Direito Comum, enquanto o Direito Privado regularia os interesses patrimoniais do Estado.

Posteriormente à Teoria do Fisco, o Direito alemão criou a Teoria dos Dois Níveis (*Zweistufentheorie*). Conforme Maria João Estorninho,<sup>420</sup> essa foi a “primeira construção teórica destinada a enquadrar de forma global, a actividade de direito privado da Administração Pública e a pôr cobro ao fenómeno da ‘fuga para o Direito Privado.’” Por essa teoria (dos dois

---

colonização, predominou sempre uma compreensão autoritária do direito administrativo, uma interpretação *bonapartista* do regime da administração pública, que enfatizava antes as prerrogativas excepcionais do poder público do que os deveres jurídicos da Administração e as garantias do administrado.” MODESTO, Paulo. Notas de Introdução ao Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 10.

<sup>417</sup> A Teoria do Fisco surge da necessidade de controlar a Administração Pública quando não estivesse no exercício dos atos de soberania.

<sup>418</sup> FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. 8. ed. Barcelona: Labor, 1933. p. 29-30.

<sup>419</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 64. O Estado, como fisco, é “súdito como os demais”.

<sup>420</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 109.

níveis),<sup>421</sup> a relação jurídica seria dividida em dois níveis: sendo o primeiro um ato administrativo, regido pelo regime jurídico de direito público,<sup>422</sup> e o segundo nível um negócio jurídico-cível de execução do primeiro,<sup>423</sup> regido pelo regime jurídico de direito privado.

Não obstante as diversas críticas a ambas as teorias, elas iniciam a discussão com o objetivo de solucionar a separação entre o Direito Público e o Direito Privado na Administração Pública.

### 3.2.2 A função administrativa

Conforme descrito no item anterior, entendemos o Direito Administrativo a partir do seu critério objetivo (ou funcional), especificamente como o ramo do Direito responsável por regular as relações entre o Estado e os seus agentes públicos e o Estado e os cidadãos, no

---

<sup>421</sup> Santiago González-Varas Ibáñez ensina que a teoria dos dois níveis “se explica ante el hecho de que en el Derecho administrativo encontramos relaciones jurídicas en las cuales aparecen conjuntamente el Derecho Público y el Privado, a pesar de que se trate, no de dos relaciones jurídicas, sino de una sola relación jurídica. En torno a las llamadas relaciones jurídicas de dos niveles se ha desarrollado la teoría de dos niveles. En tales relaciones jurídicas pueden identificarse dos fases procedimentales separadas. La primera (que incumbe al <<si>> pertenece al Derecho Público y la segunda (la cuestión del <<como>>) puede conformarse tanto según el Derecho Público como el Privado.

Tiene aquella aplicación principal en el caso de las subvenciones. En la concesión de una subvención debe, así, distinguirse, de la decisión sobre el otorgamiento mismo de aquella (decisión que pertenece al Derecho Público y representa un acto administrativo) al ejecución de aquella resolución, que es un contrato privado entre la Administración y el ciudadano, y por tanto perteneciente al Derecho Privado

El sentido de esta teoría fue precisamente el de superar la comprensión estricta o exclusivamente privada del fenómeno de las subvenciones (como un contrato privado celebrado por la administración en virtud de los artículos 607 y ss. del Código Civil). El propósito estuvo, tras la Guerra Mundial (período en que se desarrolla aquella Concepción) en sujetar al Derecho público las decisiones sobre las subvenciones causando el efecto de someter la concesión de una subvención a las garantías jurídicas el efecto de someter la concesión de una subvención a las garantías jurídico-públicas (respeto y vinculación de los derechos fundamentales – principio de igualdad). La teoría de los dos niveles aparece así como una fórmula capaz de vincular la Administración al Derecho Público, admitiendo la posibilidad de mantener el régimen privado para la forma de materialización concreta de la decisión” IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 95-96. Nesse sentido, essa Teoria surge como forma de tentar enquadrar as novas formas jurídicas de atuação da Administração prestadora de serviço, em uma tentativa de solucionar o (atual) questionamento de harmonização entre o regime jurídico de Direito Público e o de Direito Privado na atividade pública.

<sup>422</sup> José Carlos Laguna de Paz afirma que “aunque que su ámbito de aplicación característico son las ayudas, no hay inconveniente en extenderlo a todo tipo de prestaciones públicas. En su virtud, la decisión acerca de la realización o no de una prestación pública pertenece al Derecho público – se concreta en un acto administrativo – su desarrollo y ejecución discurre, en cambio, en formas y régimen jurídico-privado. Con ello se consigue la entera vinculación del Poder público a los derechos fundamentales ya en el primer nivel” PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995. p. 213.

<sup>423</sup> Santiago González-Varas Ibáñez aponta como benefício da aplicação dessa teoria a proteção dos distintos interesses na contratação, mediante o tratamento igualitário entre a Administração e os particulares, especialmente na adjudicação da contratação e redução da discricionariedade administrativa. IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 97.

exercício da função administrativa do Estado. Dessa forma, faz-se imprescindível a discussão acerca do conceito e características fundamentais para a caracterização da função administrativa.

A função pública é a atividade/tarefa estatal com vistas a atender o interesse público delimitado no ordenamento jurídico.<sup>424</sup> O Estado Democrático de Direito prevê os seus objetivos através do ordenamento jurídico, o qual estabelece poder jurídico com vista a esta concretização, denominado competência.<sup>425</sup> Conforme Vladimir da Rocha França, “o Estado existe para dar materialidade a interesses que não se encontram na sua esfera de interesses, para alcançar finalidades que não lhes são exclusivas.”<sup>426</sup>

As funções<sup>427</sup> devem ser distribuídas entre os poderes jurídicos do Estado, em órgãos diferenciados, com vistas a evitar o abuso do poder pelo ente político.<sup>428</sup> Thiago Marrara<sup>429</sup> ensina que

*A distribuição de competências é a divisão, a princípio definitiva, da capacidade de ação e omissão de cada um dos entes estatais. Quando o Legislador cria ou autoriza a criação desses entes, seja pela via constitucional, seja por lei específica, ou quando o próprio Poder Executivo, em relação aos entes públicos existentes, cria novos órgãos administrativos, é preciso que sejam definidos os campos de atuação respectivos. Do contrário, se todos os entes públicos pudessem atuar nas áreas que desejassem, não*

<sup>424</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 4.

<sup>425</sup> Quem exerce o poder público é colocado em posição de privilégio e supremacia em relação aos demais sujeitos privados, em virtude da prevalência do interesse público sobre o privado. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30 e ss. A competência é um “dever-poder”, o que, de certo modo, indica duas relações jurídicas: (a) a relação jurídica entre o Estado e os agentes público, no sentido de que este tem o dever de agir, não podendo dispor do interesse público e da competência que lhe foi confiada, sob pena de responsabilização nas esferas civil, administrativa e penal; e (b) a relação jurídica entre o Estado, cuja atuação ocorre através dos seus agentes públicos (princípio da impessoalidade) e os cidadãos, em que estes têm o dever de reconhecer e respeitar o exercício da competência. FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 12 maio 2018.

<sup>426</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 4.

<sup>427</sup> A concepção de função está intimamente ligada à evolução do Estado e da Administração Pública, vez que corresponde à organização humana, em que funciona a estrutura estatal e administrativa. MOURA, Paulo Veiga e. **Função Pública**: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 60. Marcello Caetano ensina que a função pública surge com a consolidação do Estado Moderno e o surgimento da Administração Pública, a partir da constatação da necessidade da resolução de necessidades coletivas por um grupo de pessoas. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. (Tomo I). p. 174. O autor denomina “função técnica” a “atividade dos agentes do Estado cujo objecto directo e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades colectivas de carácter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados.”

<sup>428</sup> Sobre a obra de Montesquieu, ver: MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

<sup>429</sup> MARRARA, Thiago. Competência, Delegação e Avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 28, out./dez. 2011. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2019. p. 3.

haveria um mínimo de racionalidade no funcionamento do Estado. Seria o caos administrativo. Comprometer-se-ia qualquer atuação eficiente e coerente do Estado, em prejuízo do Erário, dos interesses públicos e dos próprios cidadãos.

Dessa forma, o autor completa com a afirmação de que a distribuição de competência consiste em fixar funções<sup>430</sup> e tarefas para cada órgão componente do Estado, bem como seus entes. Não tem sentido a existência de órgão ou entidade sem a sua respectiva função, de modo que a não observância dessa premissa violaria, inclusive, o princípio da moralidade e da própria eficiência.<sup>431</sup>

A regra para a distribuição de competência pública no Brasil está prevista na Constituição Federal, em seu art. 2º.<sup>432</sup> Atualmente, subsiste mais a ideia de separação das funções do Estado,<sup>433</sup> em que cada Poder possui diversas funções, típicas e atípicas, delimitadas pelo ordenamento jurídico positivo vigente. Entretanto, não obstante a distribuição de funções e competências ser uma estrutura jurídica a ser delineada por cada Estado através da sua Constituição, o princípio da separação dos poderes tratou de estabelecer uma das suas premissas mais importantes: aquele que faz as leis não pode ficar encarregado de aplica-las e executá-las; aquele responsável por executar não pode ficar ser aquele quem vai julgá-las; e aquele que julga as leis não pode ter a competência de executá-las.<sup>434</sup>

As funções, por sua vez, sofreram várias “transformações” no decorrer dos séculos: como a própria finalidade do Estado modificou-se, evoluiu e/ou ampliou-se, conseqüentemente as tarefas estatais acompanharam essa mudança e, por conseguinte, também se ampliaram e/ou se modificaram.

A função legislativa consiste no poder de criar normas, gerais e abstratas, de conduta, com o objetivo de regular as relações humanas a partir dos operadores deônticos, inovando na ordem jurídica e cujo critério de validade decorre direta e imediatamente da Constituição Federal.

<sup>430</sup> Michael Walzer afirma que o conceito de função pública foi desenvolvido pela Igreja Cristã e depois foi adotada e secularizada pelos defensores de um funcionalismo público. WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 176.

<sup>431</sup> MARRARA, Thiago. Competência, Delegação e Avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 28, out./dez. 2011. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2019. p. 4.

<sup>432</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>433</sup> Conforme Eros Grau, as funções estatais podem ser divididas pelo critério material e organizacional. Conforme este critério, há as funções legislativas, executivas e jurisdicional. Já pelo critério material, há as funções normativas, administrativas e jurisdicional. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243.

<sup>434</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. (Tomo 1: Parte General). p. IX/1-IX/2.



Já a função jurisdicional, por sua vez, consiste na função estatal de resolver conflitos/lides com força de coisa julgada (*res iudicata*). A maioria dos doutrinadores, tal como José dos Santos Carvalho Filho,<sup>435</sup> entende que, no sistema constitucional brasileiro, a função jurisdicional é monopolizada pelo Poder Judiciário, só sendo exercida pelo Legislativo em casos excepcionais e expressamente previstos na Constituição Federal, tal como o julgamento proferido pelo Senado dos crimes de impedimento do Presidente da República. Com base no mesmo entendimento, pode-se inferir que o Poder Executivo não exerce a função jurisdicional, haja vista que, apesar da possibilidade de realizar julgamentos na esfera administrativa, estes não têm caráter de definitividade: nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapa à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88).

A função administrativa é entendida, por grande parte da doutrina, em caráter residual. Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>436</sup> essa função deve ser observada pelo critério residual: quando não houver criação de direito novo ou solução de conflitos de interesse com critérios de definitividade, a função pública exercida é a administrativa. Ou seja, a maioria das funções estatais corresponde à função administrativa, sendo inerente à atuação de todos os poderes.<sup>437</sup>

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos<sup>438</sup> conceituam a função administrativa como a “contínua atividade pública tendente à satisfação das necessidades coletivas, mediante prévia opção constitucional e legislativa.” Já Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>439</sup> como

A função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

<sup>435</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>436</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>437</sup> Conforme Vladimir da Rocha França, “o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa compreende o regime jurídico-administrativo. Esse complexo normativo tem dois cânones fundamentais (...): (i) o princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, que assegura a quem exerce a competência administrativa uma posição de privilégio e supremacia; e, (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público pelo titular de competência administrativa, que determina a subordinação da atividade administrativa aos princípios jurídicos que a vinculam à concretização do interesse público.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 7.

<sup>438</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Lisboa: Dom Quixote, 2006. (Tomo I: Introdução e Princípios Fundamentais). p. 39.

<sup>439</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

Vladimir da Rocha França<sup>440</sup> define-a como

A atividade de expedição, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por de quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), de regras complementares à lei, sujeitas a controle jurisdicional numa posição privilegiada e superior diante dos particulares, para viabilizar a concretização dos interesses públicos.

Não obstante ela poder se vista sob o critério residual, a sua caracterização requer, necessariamente, alguns elementos. Ela só pode ser exercida por alguns sujeitos, quais sejam, a Administração Pública direta ou indireta, bem como aqueles que recebam a delegação para atuar no exercício das prerrogativas estatais, tais como as concessionárias de serviço público. Essa função tem por objeto a expedição de regras complementares à lei, apesar de excepcionalmente poder ter a Constituição como seu parâmetro direto de validade, com a finalidade de concretizar o interesse público definido pelo ordenamento normativo; o que justificaria, pois, a sua atuação a partir das prerrogativas previstas pelo Direito.

Insta ressaltar, por fim, que apesar de o Direito Administrativo ser o Direito geral da Administração Pública, em sentido subjetivo, no exercício da função administrativa, há a possibilidade de sujeitos privados exercerem atividades/tarefas administrativa e, por conseguinte, a função administrativa. Vladimir da Rocha França<sup>441</sup> afirma que

“Com o crescimento das parcerias entre as pessoas estatais e os administrados, uma parcela cada vez maior de atribuições materiais e próprias àquelas tem sido, dentro dos limites da lei, transferida a estes.”

Marcello Caetano<sup>442</sup> afirma que

“o sistema administrativo implica a existência de um regime jurídico especial quanto a certos aspectos da actividade da Administração.

<sup>440</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 11.

<sup>441</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 9.

<sup>442</sup> **Manuel de Direito Administrativo**. 3 ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1951. p. 23. Ainda conforme o autor, este afirma que “O Direito administrativo é Direito Público – como se sabe, para distinguir o Direito em público e privado têm sido principalmente adoptadas dois critérios: o do *interesse* e o do *sujeito da relação jurídica*. Para nós uma norma é de Direito Público quando directamente protege um interesse público e só indirectamente beneficia (se beneficia) interesses privados. É do reconhecimento da primazia dos interesses públicos sobre os privados que resulta depois a necessidade de atribuir uma posição de superioridade nas relações jurídicas às pessoas colectivas instituídas para prosseguir o interesse geral. Mas qualquer que seja o critério seguido é sempre a mesma a conclusão neste caso: o Direito administrativo é Direito Público. Na verdade, se seguirmos o critério do interesse verificamos que a actividade da Administração tem por objectivo imediato a realização de interesses públicos, isto é, daqueles interesses respeitantes à colectividade organizada politicamente. *O interesse público é a ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativa*” (grifos do autor). p. 25.

Dizemos *certos aspectos* e não *toda* a actividade da Administração. Efectivamente, mesmo neste sistema pode a função administrativa ser exercida em parte segundo o direito comum. As leis administrativas só intervêm para regular aquelas situações e aqueles actos que ponham em causa interesses públicos cuja importância justifique e exija o emprego de prerrogativas de autoridade.

(...)

Mas não se pendem, por isso, que as leis administrativas sejam meras excepções abertas, num ou noutro caso, ao Direito comum – como acontece nos países de administração judiciária. Não. A regra, no sistema administrativo, é a que a *actividade da Administração obedece a princípios jurídicos próprios, informadores de um núcleo autónomo de normas homogêneas* – núcleo que constitui uma parcela característica da Ordem Jurídica, o Direito Administrativo.

O Direito Administrativo, *é o sistema das normas jurídicas que disciplinam as relações pelas quais o Estado, ou pessoas que com ele coopere, exerça a iniciativa de prosseguir interesses colectivos utilizando o privilégio da execução prévia.*” (grifos do autor)

Nesse sentido, o Direito Administrativo seria o ramo do Direito específico para a regulação da função administrativa, seja ele na sua vertente de Direito Público seja ele na sua vertente especial, como o Direito Privado Administrativo. Já quando a Administração Pública é normatizada pelo regime jurídico do Direito Privado (Direito Administrativo Privado), não há, em espécie, uma função administrativa, como espécie de função pública, mas apenas uma atuação estatal como qualquer outro particular.

### **3.2.3 A Administração Pública e a Organização Administrativa no Direito Positivo Brasileiro**

A Administração Pública brasileira está organizada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.<sup>443</sup> Conforme este ato normativo, em seu art. 4º,<sup>444</sup> a Administração Federal compreende a Administração Pública Direta e a Indireta. Aquela constitui “os serviços integrados na estrutura da Presidência da República e dos Ministérios” (inc. I), mais especificamente, os órgãos decorrentes dessa estrutura (fenômeno da desconcentração).<sup>445</sup> Já a Administração Indireta compreende certas categorias de pessoas jurídicas próprias (fenômeno

<sup>443</sup> “Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.”

<sup>444</sup> “Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.”

<sup>445</sup> Conforme o parágrafo único do art. 4º, “As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

da descentralização),<sup>446</sup> mais especificamente, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Na Federação brasileira, a Administração Direta corresponde à União, estados, Distrito Federal e Municípios. Todos com personalidade jurídica de direito público, os quais atuam através dos seus ministérios e secretarias, bem como dos órgãos correspondentes à desconcentração administrativa poderes.

Já a Indireta possui 4 (quatro) categorias diferentes: as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. A autarquia, por sua vez, se constitui um gênero, do qual há 4 (quatro) espécies: autarquias em sentido estrito, fundações públicas de direito público, agências executivas e agências reguladoras.

A autarquia em sentido estrito<sup>447</sup> tem como objetivo prestar

O serviço autônomo, criado por lei,<sup>448</sup> com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, as quais requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (art. 5, inc. I, Decreto nº 200/67).

As agências executivas e as agências reguladoras nascem no ordenamento jurídico brasileiro com o movimento desencadeado pela Reforma do Estado, na década de 1990.<sup>449</sup> Elas

---

<sup>446</sup> Hartmut Maurer coloca como vantagem da descentralização o alívio da administração pública, especificamente “na maior flexibilização de direção de empresa, no espaço político-pessoal, na limitação da responsabilidade sobre o patrimônio social e na possibilidade de fazer participar outros órgãos administrativos ou pessoas privadas na sociedade.” MAURER, Hartmut. **Elementos do Direito Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 158.

<sup>447</sup> As autarquias em sentido estrito e as fundações públicas de direito público possuem a mesma natureza jurídica e devem observar estritamente as mesmas regras. A diferença entre ambas é essencialmente o nome. Farei uma abordagem mais precisa mais a frente, ao tratar das fundações públicas.

<sup>448</sup> As autarquias só podem ser criadas por lei em sentido formal. Ver informativo 658 do STF.

<sup>449</sup> O marco da “Reforma do Estado” foi a edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), reformulado pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 (com as alterações da Medida Provisória 2.161-35, de 23 de agosto de 2001). À nível constitucional foram editadas diversas Emendas Constitucionais que afetaram especificamente os monopólios criados pela Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional nº 6/2005, suprimindo o art. 171 daquela Carta, a qual trazia a proteção e benefícios especiais à empresa brasileira de capital nacional, desfazendo o conceito de empresa nacional. As reformas econômicas brasileiras envolveram 3 (três) transformações estruturais que se complementam. São elas: a) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; b) a flexibilização dos monopólios estatais; e c) a privatização e desestatização, a qual teve como principais mecanismos a alienação, em leilão na bolsa, do controle das entidades estatais que prestavam atividade econômica (em sentido amplo) e a concessão de serviços públicos a empresas privadas. BARROSO, Luís Roberto. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, fev. 2005. Ver também: DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 26, jul./dez. 2009; DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A legitimidade do Estado Regulador brasileiro: uma análise democrática. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 43, a. 11, jan./mar. 2011; DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. As Agências reguladoras e o procedimento normativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Vol. VI).

nascem em um cenário em que se requer da Administração Pública maior eficiência dos seus órgãos e entidades e, para isso, conferir-lhe maior autonomia.

As agências executivas têm base constitucional no art. 37, § 8º,<sup>450</sup> e estão disciplinadas no Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998,<sup>451</sup> cujo art. 1º dispõe

Art. 1º As autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal, qualificadas como Agências Executivas, serão objeto de medidas específicas de organização administrativa, com a finalidade de ampliar a eficiência na utilização dos recursos públicos, melhorar o desempenho e a qualidade dos serviços prestados, assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e de recursos humanos e eliminar fatores restritivos à sua atuação institucional.

As agências executivas são qualificações que autarquias e fundações recebem ao realizar um contrato de gestão com a Administração Direta. Este contrato tem por objetivo ampliar a eficiência, melhorar o desempenho e a qualidade dos serviços prestados, através da garantia de maior autonomia e eliminação de fatores restritivos na sua atuação.

As agências reguladoras são autarquias em regime especial.<sup>452</sup> A especialidade das autarquias decorre do fato de elas terem surgido com a finalidade de o Estado atuar na regulação setorial de serviços públicos e atividades econômicas, após a privatização e desestatização de determinados serviços e atividades.<sup>453</sup> Assim, elas são entes descentralizados e especializados, com autonomia decisória em relação à Administração Direta, autonomia funcional, financeira e orçamentária, imune a ingerências político-partidárias, e investidas em funções técnicas e poderes normativos para atender a sua nova forma de atuação como agente regulador da

<sup>450</sup> CF, art. 37, § 8º, “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.”

<sup>451</sup> “Define medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas e dá outras providências.”

<sup>452</sup> O Supremo Tribunal Federal afirmou que “a natureza especial de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1.668-DF. Julgamento em: 20 ago. 1998.

<sup>453</sup> A primeira agência reguladora foi criada nos Estados Unidos da América, em 1887, mas tal categoria passou ser adotada - em escala mundial - com o advento do Estado Regulador. Nos Estados Unidos, as agências reguladoras foram idealizadas no intuito de o Estado participar mais ativamente da economia, haja vista sempre ter prevalecido, naquele país, uma cultura predominantemente liberal. Já as agências reguladoras idealizadas pelo modelo europeu e sul-americano, apesar de seguirem o modelo norte-americano, surgem como forma de atuação do Estado Regulador, como maneira do ente político atuar indiretamente na economia, na prevalência do princípio da subsidiariedade.

atividade econômica (em sentido amplo) <sup>454</sup>, com base e finalidade no interesse público e na eficiência da prestação daquela atividade.

Nesse sentido, as autarquias estão adstritas ao regime jurídico-administrativo de direito público. Isso significa que elas gozam de todas as prerrogativas e privilégios, bem como obedecem a todas as sujeições que as pessoas jurídicas da Administração Direta possuem.

As fundações públicas estão previstas no art. 5º, IV, Decreto-Lei nº 200/67. *In verbis*:

A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Conforme a regra acima, a fundação pública tem personalidade jurídica de direito privado e, por isso, devia obedecer ao regime jurídico de direito privado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, tal situação era uma forma de burlar o regime jurídico de direito público, fazendo com que as fundações públicas fossem constituídas pelo Estado, mas sem precisar estar adstritas às sujeições inerentes a esse regime.<sup>455</sup> Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho<sup>456</sup> entende que as fundações públicas são sempre de direito privado, em razão: a) da disposição expressa no art. 5º, inc. IV,<sup>457</sup> do Decreto-Lei nº 200/67; b) de tanto a Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XIX,<sup>458</sup> quanto o art. 5º, § 3º,<sup>459</sup> do Decreto-Lei nº 200/67, conterem a previsão de que a lei deve apenas autorizar a sua criação, sendo esta uma forma de criação de pessoa

<sup>454</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador brasileiro**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006. p. 138.

<sup>455</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, após a Constituição Federal de 1988, não é possível a criação de Fundações Públicas de Direito Privado, mas apenas as de Direito Público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 185 e ss.

<sup>456</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 494 e ss.

<sup>457</sup> “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

<sup>458</sup> “Art. 37. (...)

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

<sup>459</sup> “Art. 5º (...)

(...)

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.”

jurídica de direito privado, que depende do registro; enquanto que, para as autarquias, basta a criação por lei; e c) de o Código Civil ter listado as pessoas de direito público e se omitido em mencionar as fundações públicas; além de a ter colocado no rol das pessoas de direito privado.

Não obstante à discussão doutrinária, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 101.126 – RJ, passou a entender que

Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia (...).<sup>460</sup>

Nesse sentido, sedimentou-se o entendimento no Supremo Tribunal Constitucional, que há 2 (dois) tipos de fundações públicas, as de direito público, as quais são espécies do gênero autarquia e, por isso, regidas pelo regime jurídico de direito público, e as de direito privado, regidas pelo regime jurídico de direito privado.<sup>461</sup>

Há ainda as empresas estatais, que são as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Aquela, conforme o art. 5º, inc. II, do Decreto nº 200/67, é

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

A sociedade de economia mista, disciplinada pelo art. 5º, inc. III, do Decreto nº 200/67, é

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

<sup>460</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 101.126-RJ. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em: 24 out. 1984. Publicação em: 01 mar. 1985. “Competência. Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA – Nos julgamentos plenários do Supremo Tribunal Federal, nos CJ 6650-RS e 6651 (sessões do dia 14 de maio de 1986) ficou decidido que era da competência da Justiça Federal o processamento e julgamento de reclamações trabalhistas em que fosse parte a LBA. É que, no julgamento do RE 101.126 (sessão de 24.10.1984) entendeu o STF que fundações instituídas pelo Poder Público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, no âmbito federal, a leis federais, devem ser consideradas como fundações de direito público que integram o gênero autarquias, possuindo a LBA tais requisitos, como decorre de seu estatuto, aprovado pelo Decreto 83.148-79.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. CJ nº 6.566-3-MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento em: 20 maio 1987).

<sup>461</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro entende nesse mesmo sentido. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 505.

As empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista) têm a função de prestar serviços públicos ou atividade econômica.<sup>462</sup> Mas se, *a priori*, elas obedecem a um regime jurídico de direito privado, é necessário observar que na realidade esse regime é misto, com prevalência do regime privado, o qual deve observar o regime público em casos pontuais, como o concurso público e a licitação (alguns casos).

A exigência da obediência ao regime privado tem como finalidade proteger a concorrência com as demais pessoas do mesmo setor. A Constituição vem consagrar esse entendimento no art. 173, § 1º, II,<sup>463</sup> ao dispor que as empresas estatais que prestem atividade econômica devem sujeitar-se ao mesmo regime jurídico das demais empresas privadas do mesmo ramo, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Em sentido contrário, se a prestação é de serviço público, em regime de privilégio,<sup>464</sup> como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT),<sup>465</sup> apesar de a empresa ser pessoa jurídica de direito privado, embora seja aplicado um regime jurídico misto, há uma incidência maior do regime jurídico de direito público.<sup>466</sup>

### 3.2.4 A necessidade de reformulação/ampliação do conceito de Administração Pública

<sup>462</sup> As empresas estatais que prestam atividade econômica são regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

<sup>463</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

<sup>464</sup> Conforme o Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF nº 46. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 05 ago. 2009. Publicação em: 26 fev. 2010), o serviço público prestado exclusivamente pelo Estado é feito sob o regime de privilégio. O regime de monopólio se aplica apenas as atividades econômicas em sentido estrito. Ver também: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>465</sup> Ver meu artigo: DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. Serviço postal: serviço público ou atividade econômica? **Âmbito Jurídico**, São Paulo, v. 68, p. 1-15, 2009.

<sup>466</sup> Conforme o Supremo Tribunal Federal, “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE nº 407.099. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 22 jun. 2004. Publicação em: 06 ago. 2004).



O Direito positivo brasileiro delimita o conceito de Administração Pública, em sentido subjetivo, a partir do Decreto-Lei 200/67. Entretanto, acreditamos que esse conceito deve ser revisto, em face da realidade administrativa brasileira, bem como dos preceitos traçados pela Constituição Federal de 1988.

Conforme demonstrado no item anterior, a Administração Pública brasileira é entendida em sentido subjetivo a partir da Administração Pública direta e indireta, em que naquela estão incluídos os entes federativos e nesta as entidades constituídas pelo Estado, especificamente as autarquias, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública. Por outro lado, de acordo com o explanado no presente trabalho, é cada vez mais comum, embora ainda seja uma excepcionalidade, o exercício da função pública administrativa por entidades privadas da sociedade.

Nesse sentido, defendemos que estas, as entidades privadas constituídas pela sociedade, quando estiverem no exercício da função administrativa, devem ser consideradas Administração Pública naquele momento, de modo a incidir, excepcionalmente, o regime jurídico de Direito Público, principalmente as bases axiológicas do Direito Público, tal como a moralidade e a impessoalidade, o controle dos órgãos públicos – sob outra perspectiva o dever de prestar contas – e a responsabilização objetiva, prevista no art. 37, § 6º,<sup>467</sup> da Constituição Federal de 1988, perante terceiros.<sup>468</sup>

Se, por um lado, a organização administrativa está organizada pelo Decreto nº 200/67, em que disciplina que a Administração Federal compreende a Administração Pública Direta e a Indireta (art. 4º),<sup>469</sup> por outro, a Constituição Federal de 1988 submete, expressamente, ao

---

<sup>467</sup> “Art. 37. (...)

(...) ”

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>468</sup> Isso porque, conforme lição de Pedro Gonçalves, “estando materialmente fora da Administração, elas (Entidades Privadas no exercício da função administrativa) apresentam-se perante terceiros, na execução de funções administrativas, na posição de membros da Administração.” Ressalva-se que “Entre outras coisas, o facto de o particulares agir, perante terceiros, na posição de membro da Administração Pública explica que se considere ‘natural’ o facto de ele assumir a posição de demandado num processo administrativo” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 288.

<sup>469</sup> “Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.

regime jurídico administrativo (regime jurídico de direito público) todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Município (art. 37, *caput*),<sup>470</sup> bem como estende a aplicação deste regime aos particulares que desempenharem a atividade administrativa delegada, tal como os concessionários e permissionários de serviço público (art. 37, parágrafo 6º,<sup>471</sup> art. 175<sup>472</sup> e 176<sup>473</sup>).

Propomos, portanto, uma reformulação do conceito subjetivo ou orgânico da Administração Pública, de modo a este ser substituído pelo critério objetivo ou material. Com a imersão deste critério, entraria no conceito subjetivo de Administração Pública, as entidades formalmente privadas, criadas pela sociedade, mas que esteja no desempenho da função pública administrativa e, por conseguinte, sob a influência da Administração Pública e incidência do Direito Administrativo.

Pedro Gonçalves<sup>474</sup> defende que “a execução de tarefas administrativas (objeto de apropriação pública) se assume, na verdade, como a base mais lógica para a construção de um conceito coerente e, sobretudo, completo da Administração Pública.” O autor continua afirmando que, na medida em que o particular é convocado a executar uma tarefa administrativa, ou seja, a exercer uma função pública, ele assumiria a posição de “membro da

---

d) fundações públicas.”

<sup>470</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”

<sup>471</sup> “Art. 37 (...)”

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>472</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

<sup>473</sup> “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”

<sup>474</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 286.

Administração Pública”, em específico, “membro da Administração Delegante.”<sup>475</sup> E ainda: em uma análise do direito comparado, o professor português<sup>476</sup> chama a atenção de que

No direito alemão, a doutrina sustenta que o *‘Beliehene’*, sujeito privado com funções administrativas, é membro (*‘Glied’*) da entidade pública delegante, fazendo parte da administração indirecta desta. Está, portanto, funcionalmente integrado na Administração Pública. (...) Como vimos, na Itália, é tradicional a qualificação dos concessionários como *‘órgãos indirectos da Administração’* (...) Em Espanha, propondo também que um conceito de Administração Pública que abrange os particulares que actuam por delegação ou como meros agentes mandatários da Administração.

Essa nova concepção e/ou mudança de paradigma no conceito de Administração Pública não tem o condão de alargar as fronteiras da Administração.<sup>477</sup> Pelo contrário, possibilita a observância e, por conseguinte, aplicação do Direito Administrativo a partir da natureza da tarefa, com algumas excepcionalidades, de forma a se adequar ao mundo contemporâneo e à nova realidade abarcada por esse ramo do Direito no último século.<sup>478</sup>

Essa nova delimitação da estrutura administrativa parece estar mais adequada à Constituição Federal brasileira de 1988. Podemos perceber esta afirmação em diversos pontos da Carta Magna, tal como o art. 37, § 6º, em que prevê a responsabilidade objetiva, pela teoria do risco administrativa, para as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas

<sup>475</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 286. Entretanto, é necessário que fique claro que “Os particulares, na medida em que exercem funções administrativas, são simultaneamente Administração (em sentido funcional) e Sociedade (em sentido material): integram a Administração enquanto particulares, mas, de outro ângulo, são particulares que colaboram com a Administração ou que substituem a Administração.” p. 287.

<sup>476</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 286.

<sup>477</sup> Maria João Estorninho entende em sentido diversos: “na minha opinião, não faz sentido, nas circunstâncias actuais, defender a integração de todas estas entidades na Administração Pública. Devido à sua proliferação, isso significaria alargar desmesuradamente as fronteiras da Administração Pública. Por outro lado, pode dizer-se que uma tal solução contraria a tendência no sentido a redução do Estado e da Administração”. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 327.

<sup>478</sup> Pedro Gonçalves afirma que “o recorte do conceito institucional de Administração segundo um critério material oferece-nos uma representação da Administração Pública como uma *‘organização integrada na esfera pública’* (da estadualidade em sentido amplo).” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 284. Por outro lado, o autor afirma que “Assim, desde logo, o facto de uma entidade particular integrar funcionalmente a Administração não tem de determinar a aplicação de conceitos próprios do direito da organização administrativa (como, por ex., órgão administrativo), nem a necessária integração dela numa categoria específica (por ex., concessionário, pessoa colectiva de utilidade pública administrativa), assim como não tem de implicar a *‘invenção’* de uma fórmula que exprimam uma ideia de integração orgânica na Administração (por ex., *‘órgão indirecto’*). Na medida em que detenha funções administrativas, a entidade particular poderá ser simplesmente considerada *‘membro da Administração Pública’*, conceito, descritivo, que pretende apenas representar o facto de ela se apresentar como um instrumento de que a Administração delegante se serve para cumprir uma responsabilidade que lhe está cometida.” p. 287.

privadas prestadoras de serviço público; bem como o art. 175, ao definir que a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, o qual deve ocorrer diretamente ou indiretamente, através do regime de concessão e permissão.

Entretanto, insta observar que o Direito Administrativo se aplica, de forma excepcional às entidades privadas, seja as instituídas pelo poder público seja as criadas pela própria sociedade. Ora, as entidades privadas da Administração Pública e as entidades particulares com funções públicas devem observar o mesmo regime jurídico, em geral o do Direito privado, face ao princípio da congruência entre formas organizativas e o direito aplicável. Mas, por exercerem a função pública e/ou estar sob a gerência de verbas públicas, normas do Direito Público devem incidir de forma excepcional e circunstancial, como a presença dos princípios do Direito Administrativo, a abrangência dos órgãos de controle, a responsabilização objetiva perante terceiros e atuação com fulcro de atender o interesse público.

Assim, podemos dizer que o Direito Administrativo é o direito geral das entidades públicas, e o Direito excepcional das entidades privadas, sejam públicas ou privadas. Por outro lado, as entidades privadas criadas por iniciativa pública e as entidades particulares no exercício da função pública são regidas pelo Direito Privado Administrativo.<sup>479</sup>

### 3.3 O DIREITO ADMINISTRATIVO PRIVADO E O DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO

Inicialmente cabe estabelecermos algumas distinções entre o Direito Privado Administrativo e o Direito Administrativo Privado. O Direito Privado Administrativo consiste na utilização de normas privadas na execução de função pública, ou seja, em a Administração Pública atuar segundo o Direito Privado na concretização da função pública.<sup>480</sup> Guilherme de Carvalho e Sousa<sup>481</sup> afirma que essa atuação não implica em a Administração atuar nas mesmas

<sup>479</sup> No mesmo sentido Pedro Gonçalves: “As entidades administrativas privadas e as entidades particulares com funções públicas actuam segundo o direito privado, mas no respeito pelos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública e vinculadas pelos direitos fundamentais nos mesmos termos das entidades públicas. Por isso, a actuação delas não se apresenta, em regra, específica e autonomamente disciplinada pelo direito administrativo, mas, insiste-se, apenas pelo direito privado administrativo.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 292.

<sup>480</sup> Na Espanha, Silvia del Saz Cordero afirma que a aplicação do Direito Privado na Administração Pública foi se consolidando aos poucos após a pós-guerra espanhola, quando o Estado começa a intervir diretamente na vida econômica com o objetivo de fomentar a atividade industrial. CORDERO, Silvia del Saz. La Huida Del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos Y Críticas. **Revista de Administración Pública**, n. 133, jan./abr. 1994. p. 60.

<sup>481</sup> SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública**: necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen

condições dos particulares, pois o Direito Privado a ser observado pelo ente público possui, obrigatoriamente, princípios e regras do Direito Público que ele não pode se imiscuir, tal como o princípio da igualdade e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.<sup>482</sup> Teríamos, assim, uma mistura entre o Direito Privado e o Direito Público, em que por mais que seja observado o Direito Privado,<sup>483</sup> há a necessária incidência de vinculações jurídico-públicas, de modo a estabelecer as bases, a complementação e a diretriz daquelas. Maria João Estorninho, nesse mesmo sentido, afirma que essa “fuga para o direito privado”, da perspectiva do cidadão, não pode configurar um “prejuízo para os direitos fundamentais” nem um meio de criação de “fontes ilegais de financiamento do Estado”<sup>484</sup>, sob pena de se tornar, na verdade, uma “fuga do Direito.”<sup>485</sup>

Silvia del Saz Cordero critica a aplicação indiscriminada da fuga para o direito privado por entender que esta ocasionaria na prática uma fuga dos procedimentos administrativos de controle dos gastos tachados de lentos, ineficazes e inadequados.<sup>486</sup> Isso porque a maioria das atividades em que há a “fuga para o direito privado” são as de logística da Administração, que exige a maior parte dos gastos públicos. Com esse “movimento”, haveria contratações sem os procedimentos e controles tradicionais, inclusive com a renúncia dos “privilégios e

---

Juris, 2016. p. 52. Eberhard Schmidt-Assmann distingue o Direito Privado Administrativo da Teoria dos Dois Níveis, vez que esta postula uma estruturação vertical das relações jurídica, enquanto aquela estabelece uma integração horizontal o modo de ação jurídico-privadas e os mecanismos de proteção jurídico-públicos. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 300.

<sup>482</sup> Maria João Estorninho afirma que “na medida em que seja admissível a actuação jurídico-privada para cumprimento de tarefas administrativas, existem <<as formas jurídico-privadas, mas não a liberdade e as possibilidades da autonomia privada>>. Assim, os motivos para a procura do Direito Privado podem ser muitos, mas a libertação das vinculações jurídico-públicas e, em especial, da vinculação aos direitos fundamentais já não será um deles.” ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128.

<sup>483</sup> Almiro do Couto e Silva chama a atenção que “No Brasil, pela partilha constitucional de competências, só a União legisla sobre Direito Privado. Há, porém, distintas competências, vinculadas à União, aos Estados e aos Municípios, para legislar, p. ex., sobre Direito Administrativo. Assim, ainda que no plano teórico possa-se admitir que a distinção entre Direito Público e Direito Privado tem muito de artificial, nosso ordenamento jurídico exige que essa distinção seja feita, para que as competências constitucionais possam ser adequadamente exercidas”. SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional**: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 108.

<sup>484</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132.

<sup>485</sup> CORDERO, Silvia del Saz. La Huida Del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos Y Críticas. **Revista de Administración Pública**, n. 133, jan./abr. 1994. p. 74. No mesmo sentido, ver: PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995.

<sup>486</sup> CORDERO, Silvia del Saz. La Huida Del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos Y Críticas. **Revista de Administración Pública**, n. 133, jan./abr. 1994. p. 59. Para a autora, a “fuga para o Direito Privado” ainda pode suavizar a exigência da seleção de pessoal, de modo a afrouxar os critérios de mérito e capacidade. p. 68.

prerrogativas” que caracterizariam o contrato administrativo.<sup>487</sup> E tudo isto permitiria contratações sem os procedimentos adequados de controle do dinheiro público, de modo a possibilitar a “quase impunidade” dos responsáveis.<sup>488</sup> Na opinião de Villar, a “fuga para o direito privado” ocorre em virtude da inadequação do Direito Administrativo em servir, eficientemente, as novas tarefas assumidas pelo Estado, enquanto o “direito comum” possui uma maior flexibilidade na sua “gestão produtiva”.<sup>489</sup>

José Carlos Laguna de Paz vê a submissão da Administração Pública ao Direito Privado como problemática.<sup>490</sup> Segundo o autor

Desde los presupuestos de nuestro ordenamiento jurídico (...) la elección de las formas y regímenes jurídico-privados no permite garantizar los principios públicos necesarios en toda actuación de la Administración, o lo que es lo mismo, no es garantía suficiente de que la actuación de la Administración sólo va a perseguir los intereses generales, dentro del respeto a los derechos y legítimos intereses de los particulares y, muy especialmente, a los derechos fundamentales. El peligro es, por tanto, que la Administración se refugie en la Derecho privado para escapar de las vinculaciones que el Derecho público específicamente ha creado para ella

Posteriormente, o mesmo autor<sup>491</sup> afirma que

La Administración debe organizar-se y actuar aplicando el Derecho Administrativo, que es el único cuerpo normativo construido para favorecer a un tiempo la consecución del interés general y los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos. El Derecho privado, en cambio, no garantiza la finalización de la actividad de la Administración a la satisfacción de los intereses generales, que constituyen su única justificativa (art. 103, I, CE). El recurso al régimen e instituciones jurídico-privadas debe, pues, ser una solución excepcional, a justificar en cada caso que además precisa de un reforzamiento de los controles y responsabilidades. No puede admitirse que cualquier tarea sea encomendada a entes públicos sujetos al Derecho Privado o a empresas públicas mercantiles, con frecuencia controlada al cien por cien por la Administración.

<sup>487</sup> Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “inexiste contrato administrativo (ou contrato de direito público). Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão-somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime especial, porque a lei assim dispôs e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial.” MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. (Vol. I). p. 689-690.

<sup>488</sup> CORDERO, Silvia del Saz. La Huida Del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos Y Criticas. **Revista de Administración Pública**, n. 133, jan./abr. 1994. p. 60.

<sup>489</sup> Para o autor, é necessário distinguir entre as atividades industriais e a noção de serviço público. Enquanto para as primeiras deve haver a aplicação das formas e do Direito Privado, para a segunda, a prestação do Serviço Público, é necessário haver a submissão aos tradicionais critérios do Direito Administrativo. No mesmo sentido CORDERO, Silvia del Saz. La Huida Del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos Y Criticas. **Revista de Administración Pública**, n. 133, jan./abr. 1994. p. 63.

<sup>490</sup> PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995. p. 205.

<sup>491</sup> PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995. p. 218-219.

Por outro lado, Laguna de Paz entende que a chave dessa celeuma está em a Administração assumir apenas funções em que sua presença seja indispensável para a garantia do Estado de Direito.<sup>492</sup> E, como observamos nos capítulos anteriores, com o passar do tempo e, por conseguinte, com a evolução do Estado, a Administração Pública passou a assumir cada vez mais tarefas, cujo objeto é a concretização dos objetivos estatais. Essa inflação no tamanho do Estado, associado à ineficiência da concretização do interesse público, suscitou a possibilidade de utilização de novas formas de atuação, sob pena de o próprio Estado ir perdendo a sua legitimidade<sup>493</sup> aos poucos e, nesse caminho, desgastando, cada vez mais, o tecido social.

Para Santiago González-Varas Ibáñez, a preocupação neste fenômeno não deve ser a sua extensão, vez que já se falava no assunto desde 1928, com a obra Fleiner. A questão principal de debate deve recair sobre até que ponto e como a Administração pode aplicar o ordenamento comum.<sup>494</sup> Conforme Ibáñez, seria muito simplista declarar ilegal a atividade administrativa em regime jurídico privado sob a argumentação de “fuga para o direito privado”, apoiando-se em uma “reserva de Direito Administrativo”, amparada na Constituição. A discussão real, a qual concordamos, deve buscar respostas mais efetivas ou, pelo menos, abrir para possíveis soluções para os problemas existentes.<sup>495</sup>

Borrajo Iniesta afirma que a aplicação do Direito Privado não supõe deixar a Administração em total e absoluta liberdade. Isso porque o controle entre o público e o privado são distintos: a autonomia de vontade encontrada no Direito Civil é condicionada e controlada pela ordem jurídica na limitação individual a fim de favorecer a proteção dos consumidores,

---

<sup>492</sup> Logo a frente, o autor ainda afirma que “sólo esa mezcla, as veces explosiva, de políticos y funcionarios que constituye la Administración pública, con sujeción a su Derecho propio y específico, reúne las condiciones mínimas de profesionalidad, objetividad y imparcialidad necesaria para realizar las tareas que tiene encomendadas.” PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995. p. 205.

<sup>493</sup> A legitimidade de um Estado consiste na justificação do poder exercido sobre a sociedade. Sobre o assunto, ver: KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ADEODATO, João Maurício Leitão. **Problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989; DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006; DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. O problema da legitimidade nas sociedades complexas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 19, ed. 74, jan./mar. 2011; FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

<sup>494</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 92.

<sup>495</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 92.

empregados, usuários etc.; o que não pode ser aplicada à Administração Pública.<sup>496</sup> Por isso, Borrajo entende que a fuga do Direito Administrativo não pode equiparar-se à fuga do Direito nem a fuga do Direito Público. Este fenômeno de fuga deve conduzir a uma elaboração doutrinária e jurisprudencial de um novo Direito Privado adequado à Administração Pública, que a obrigue a atuar sujeita aos princípios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade.<sup>497</sup>

Nesse sentido, o Direito aplicado à Administração não seria “o” Direito Privado, mas um Direito exclusivo da Administração, em que houvesse uma maior flexibilização, menor rigidez, de modo a garantir o interesse público. Ou seja, na verdade, seria um Direito Administrativo reformulado, com a mesma base e mesma finalidade e alteração no modo de se buscar a concretização dos objetivos estatais.

O Direito Administrativo Privado corresponde ao conjunto de normas jurídicas aplicáveis no regime de colaboração entre a Administração Pública e os particulares quando da realização de funções públicas. Este direito caracteriza-se pela regulação tanto da atuação administrativa quanto também a atuação dos particulares em virtude dessas formas de colaboração com o intuito de buscar a prossecução do interesse público.<sup>498</sup>

Santiago González-Varas Ibáñez<sup>499</sup> afirma que “*el sentido de esta teoría esta no tanto en evitar una huida o fuga del Derecho Público hacia el Privado como ir logrando una vinculación paulatina, de las relaciones jurídico-privadas por el Derecho Público.*” O autor<sup>500</sup> ensina, ainda, que o princípio da liberdade de eleição<sup>501</sup> está na base desta teoria. Conforme esta, a Administração Pública, no exercício da função pública – de modo a buscar a concretização do interesse público – tem a liberdade de escolher a forma de atuação, sob o Regime Jurídico de Direito Público ou Privado. Na visão do autor, a atuação sob a regulação do Direito Público não dispõe de formas eficientes para o cumprimento destas funções. E, ainda, essa descentralização possibilita a concretização da função com cada vez mais especialidade.

<sup>496</sup> INIESTA, Ignacio Borrajo. El Intento de Huir del Derecho Administrativo. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 78, 1993.

<sup>497</sup> INIESTA, Ignacio Borrajo. El Intento de Huir del Derecho Administrativo. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 78, 1993. p. 250.

<sup>498</sup> SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública: necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 52.

<sup>499</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 97.

<sup>500</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 97.

<sup>501</sup> O princípio da liberdade de eleição ou liberdade das formas consiste em permitir à Administração resolver uma competência pública tanto sob o regime jurídico de direito público quanto do regime jurídico de direito privado, a partir do juízo discricionário do agente competente e observado os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.



Por outro lado, a escolha sob o regime privado não garante plena liberdade à Administração, vez que esta não pode imiscuir-se das vinculações jurídico-públicas, especificamente o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios jurídico-públicos.<sup>502</sup>

A prerrogativa conferida à Administração na escolha das formas justifica-se na busca pela eficiência da concretização do interesse público, dentre outros princípios já elencados no capítulo anterior, como o princípio democrático e da subsidiariedade. Varas-Ibáñez afirma que o ordenamento jurídico alemão utiliza-se cada vez mais dessa movimento de descentralização tanto para o cumprimento das suas funções quanto para a privatização formal.<sup>503</sup> No ordenamento jurídico alemão, a Administração Pública tem a prerrogativa de atuar sob o regime do Direito Público e sob o regime do Direito Privado. Neste, há uma vinculação maior ou menor ao Direito Público, a depender da forma, a qual pode ser três: (a) quando o ente realiza funções propriamente públicas ou soberanas, sujeitando-se ao Direito Privado; (b) para fazer negócios privados da Administração; (c) na atividade puramente privada ou empresarial.<sup>504</sup>

Nesse mesmo sentido, entendemos que é necessário distinguir esses pontos: a Administração pode utilizar-se do Direito Privado em alguns momentos, especificamente em relação à (a) concretização de elementos materiais, de natureza instrumental à atividade administrativa, como a compra de material de escritório, de gasolina para polícia, construção

---

<sup>502</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 97-99. O autor afirma ainda que “Ciertamente, de modo crítico frente al Derecho administrativo privado, debe considerarse que ni están desarrollados con claridad los criterios que sirvan para vincular (mediante el Derecho público) la actuación administrativa en régimen jurídico-privado, ni tampoco es muchas veces fácil deslindar cuándo la Administración realiza una actividad meramente industrial y cuándo es pública (principalmente en el ámbito de la prestación de servicios públicos o la concesión de prestaciones). Sin embargo, aporta una solución práctica frente a la huida del Derecho administrativo y da respuesta a la necesidad de eficacia administrativa” p. 100. No mesmo sentido é a lição de Hartmut Maurer, para o qual “a denominada liberdade de escolha, isto é, o poder de executar tarefas administrativas na forma do direito privado não é não-problemático. Ela se deixa, no máximo, justificar com isto, que no direito público (ainda) faltam normas jurídicas idôneas para a adjudicação de prestação, enquanto o direito privado, normalizado a fundo, tem à disposição figuras jurídico apropriadas. Em todo o caso, a administração, porém, não deve subtrair-se às vinculações jurídico-públicas existentes com a escolha de formas jurídico-privadas. Isso vale, em especial, para a vinculação aos direitos fundamentais, mas também para as outras limitações do direito público (por exemplo, a ordenação de competência, os princípios gerais de atuação administrativa). À administração compete somente as formas jurídico jurídico-privadas, não as liberdades e as possibilidades de autonomia privada. Fala-se, por isso, nessa conexão de direito privado administrativo (*Wolff*): é o direito privado coberto e vinculado jurídico-publicamente que está à disposição da administração no cumprimento de tarefas administrativas”. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 46-47.

<sup>503</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 98. O autor ainda dispôs: “Ciertamente es que la libertad de elección opera dentro del ámbito de la <<Administración prestacional>>, pero no de la <<Administración de limitación>>, así como también a la Administración económica en funciones de dirección económica.

<sup>504</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <www.mjusticia.gob.es>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 97-98.

de uma escola etc; (b) quando a Administração pretender atuar segundo as regras do mercado,<sup>505</sup> guiada por princípios desta natureza e movida pelo ânimo do lucro;<sup>506</sup> (c) na atuação da concretização da função pública, ao atuar em regime de colaboração com a iniciativa privada, como o exercício da função pública, tal como na prestação do serviço público. Iremos aprofundar esses pontos no próximo item.

Não obstante ser uma consequência natural dessas formas a liberdade de atuação, entendemos que essa relação jurídica não pode se imiscuir aos órgãos de controle,<sup>507</sup> bem como devem ser pautadas pelos direitos fundamentais.

<sup>505</sup> A Constituição brasileira de 1988 previu essa possibilidade no art. 173, *caput*. De acordo com esta norma, “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” Sobre o assunto, ver DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. Os princípios na ordem econômica da Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 21, n. 4838, set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51897>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

<sup>506</sup> Sobre a possibilidade de as empresas estatais buscarem o lucro, ver o artigo de CÂMARA, Jacintho Arruda. Entes Estatais: o Lucro é incompatível com a Missão Social? In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>507</sup> Apesar da existência do controle, os parâmetros utilizados por estes não podem ser os mesmos utilizados para realizar o controle como se fosse a própria Administração Pública que estivesse realizando a atividade diretamente. Deve haver, pois, uma mudança de um controle mais pautado nos aspectos burocrático para o gerencial. Ronaldo Quintanilha da Silva e Remilson Soares Candeia, em dissertação sobre a possibilidade de entidades privadas sem fins lucrativos obedecerem estritamente a Lei de Licitação nº 8.666/93, afirma que As entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos provenientes de transferências voluntárias foram submetidas aos ditames da Lei de Licitações e Contratos, Lei 8.666/1993, com o advento da IN/STN 3/2003, que modificou o art. 27 da IN/STN 1/1997. Com isso, a STN impunha a essas entidades a obrigatoriedade de realizar o processo licitatório, a fim de contratar bens e serviços necessários à execução do objeto do convênio. Até a publicação da IN/STN 3/2003, somente os estados e municípios estavam obrigados a licitar. E mais, o art. 27 da IN 1/1997 expressamente desobrigava as entidades privadas de adotarem a Lei 8.666/1993, devendo seguir processos análogos aos da lei. A modificação se deu, em parte, em virtude da ação do Tribunal de Contas da União, que ao prolatar o Acórdão 1070/2003 – Plenário, assim se posicionou: “com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 a Lei nº 8.443/92, fixar prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei nº 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58 inciso II, da mesma Lei. (BRASIL, 2003).”

O Acórdão analisou possíveis irregularidades, por meio de auditoria nas obras de implantação da Unidade do Instituto do Coração – InCor, no DF. A Câmara dos Deputados transferiu recursos públicos para a Fundação Zambini, para que esta realizasse o trabalho. O Ministro-Relator apresentou seu voto, que, ao não vislumbrar irregularidades no caso em questão, fez considerações sobre a legislação vigente. Ele, assim, se pronunciou: “É notório que a iniciativa privada não se sujeita aos princípios que regem a licitação no setor público e muito menos está obrigada a aplicar, nas suas contratações, a Lei nº 8.666/93, mesmo porque naquela impera a autonomia da vontade e, por isso mesmo, só não pode fazer o que a lei expressamente proíbe, ao contrário do administrador público que só pode fazer o que a lei determina. No entanto, o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores da gestão da coisa pública, dentre os quais destacamos o da licitação e o do dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, respectivamente. (BRASIL, 2003).”

Em outro ponto do Voto, o Ministro destaca: “Não tenho dúvida, existem entidades privadas que, por alguma razão, podem se ver impossibilitada de aplicar, de forma plena, a Lei de Licitações. Entretanto, a regra é a utilização da Lei 8.666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto.” (BRASIL, 2003).

A matéria contou com voto contrário do MINISTRO BENJAMIN ZYMLER, que divergiu da tese anterior da seguinte forma: “(...) considero incabível o exercício das prerrogativas da Lei 8.666/93 por entes privados, uma

Hartmut Maurer<sup>508</sup> assevera que, na administração prestacional, a administração teria a prerrogativa em atuar segundo o Direito Público ou Direito Privado, salvo se houver vedação legal. Essa liberdade na escolha das formas jurídico pública ou jurídico privada refere-se tanto em relação à organização quanto em relação à formação de prestação ou de uso. Esta

---

*vez que, dada a natureza dos mesmos, somente entes públicos podem exercê-las. A Lei em questão prevê, por exemplo, a aplicação de multas, a rescisão unilateral de contratos e a declaração de inidoneidade de licitantes, prerrogativas que são expressões concretas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ademais, a observância de todos os dispositivos da Lei das Licitações por entes privados imporá a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações.* (BRASIL, 2003).”

No entanto, em decisão apertada, por 4 votos a 3, saiu-se vitoriosa a tese do Relator, a qual contribuiu para alteração da IN/STN 1/1997.

Contudo, a discussão não se encerrou por aí. O debate seria retomado por ocasião do julgamento do Acórdão 353/2005 – Plenário, proferido na sessão de 6/4/2005. O processo iniciou-se em virtude do pedido de reexame interposto pelo Procurador-Geral do MP/TCU com objetivo de tornar insubsistente o subitem 9.2 do Acórdão 1070/2003 – Plenário. O recurso foi interposto antes das alterações efetuadas pela STN no art. 27 da IN. No relatório do Ministro-Relator, há novamente opiniões divergentes no âmbito do processo. *De um lado, o auditor que instruiu o feito sugeriu que fosse recomendado à STN o retorno à redação original do art. 27. De outro, os dirigentes propõem a manutenção do Acórdão recorrido, ou seja, a permanência da nova redação do art. 27.*

Ao final, o Acórdão (nº 1070/2003) deu provimento parcial ao recurso. Alterou a redação do item 9.2 que passou a ser a seguinte: “*firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da lei de licitações, ex vi do art. 116 da lei 8.666/93.*” Em “A obrigatoriedade de licitar não deve ser imposta às entidades privadas sem fins lucrativos.” Disponível no site: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055824.PDF>. Acesso em 3 de agosto de 2018.

O disposto no art. 11 do Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, ao regulamentar o art. 116 da Lei nº 8.666/93, dispõe que “*Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.*”

Atualmente, a Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011 também disciplina o assunto em seu artigo 57, caput e parágrafo único, ao afirmar que “*Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.*” (grifo nosso)

Ademais, o Tribunal De Contas Da União entende que os Serviços Sociais Autônomos não devem realizar o procedimento licitatório da Lei nº 8.666/93, com base nos seguintes argumentos: a) o art. 22, XXVII da Constituição Federal só dirige o princípio da obrigatoriedade de licitar à Administração direta e indireta, na qual não estão as pessoas de cooperação governamental; b) a Lei nº 8.666/93 não poderia alargar o seu alcance para abranger-las em seu raio de incidência; c) a expressão “*entidades controladas*” só é aplicável a empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 243, parágrafo 2º, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas. (ver Decisão nº 907/1997 -Plenário, Ata nº 48/1997, Rel. Min. LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA, Proc. nº 011.777/96-6 -, confirmada pela Decisão nº 461/1998 – Plenário, Ata nº 28/1998, Rel. Min. LINCOLN MAGALHÃES ROCHA).

Ora, toda a fundamentação utilizada para o entendimento de que não é necessária a realização do procedimento licitatório por parte dos Serviços Sociais Autônomos pode ser perfeitamente aplicada no caso das Fundações Privadas, vez que ambas fazem parte do terceiro setor.

<sup>508</sup> MAURER, Hartmut. **Elementos do Direito Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 157. Para o autor, “tarefas administrativas imediatas podem também ser resolvidas na forma do direito privado. Isso, todavia, somente é possível e admissível em proporção limitada. Toda a administração da ordem e a administração tributária, que depende de meios de coerção, não pode renunciar aos poderes soberanos do direito público. Também a administração de prestação, que em regra não carece de coerção, já está amplamente regulada por prescrições jurídico-públicas. À medida que tais prescrições faltam, a administração tem, porém, a liberdade de produzir suas prestações com base em formas jurídicas jurídico-públicas ou jurídico-privadas. A liberdade de escolha diz respeito tanto à forma de organização da instalação como à formação da relação de prestação ou uso. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 45.

prerrogativa já não ocorre na administração de intervenção direta, vez que depende da ordem e coerção, salvo algumas exceções abordadas nos próximos capítulos.

Em relação às formas de colaboração, especificamente em transferir à iniciativa privada a prossecução do interesse público, José Carlos Laguna de Paz faz uma importante crítica. Para o autor, a utilização de particulares no exercício de função administrativa levaria a uma atuação guiada por princípios mercadológicos e movida pelo lucro.<sup>509</sup>

A administração pode utilizar-se do Direito Privado para a realização de uma série de atividades que não são diretamente relacionadas aos fins públicos, definidos pelo ordenamento jurídico. Por um lado, há a atuação que tenta concretizar os elementos materiais necessários para o funcionamento da máquina administrativa, como a compra de material de escritório, gasolina para a polícia etc.

Este direito caracteriza-se pela regulação tanto da atuação administrativa quanto também a atuação dos particulares em virtude dessas formas de colaboração com o intuito de buscar a prossecução do interesse público

### 3.3.1 A função pública e a desestadualização da prossecução do interesse público

A expressão função pública não é tão fácil de definir.<sup>510</sup> Comumente a “função pública” é vista como uma tarefa estatal, ou seja, nas atividades dirigidas a alcançar o fim estatal, estabelecido pelo ordenamento jurídico. E outras vezes é utilizado para designar a forma de realizar estas tarefas estatais.<sup>511</sup>

Entendemos a função como a atividade pública, cujo exercício é regulado pelo direito. Ou seja, a função pública é o dever jurídico, imposto pelo ordenamento jurídico, de agir com vistas ao atendimento de determinada finalidade pública.<sup>512</sup> Conforme Carlos Ari Sundfeld,

<sup>509</sup> PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995.

<sup>510</sup> A dificuldade em conceituar a função administrativa decorre do fato de o Direito Administrativo estar em constante mutação, sendo, pois, extremamente dinâmico. Paulo Modesto afirma que “esse dinamismo tem origem na extensão do direito administrativo, que acompanhou a ampliação do papel do Estado nas sociedades pós-industriais e também na necessidade de permanentemente ajustar a ação do Estado a novas demandas comunitárias. Esse dinamismo explica ainda a necessidade de contínua renovação da dogmática do direito administrativo, com revisão constante de dogmas e conceitos.” MODESTO, Paulo. Notas de Introdução ao Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 13.

<sup>511</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1781.

<sup>512</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 163; e SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 156. Pedro Gonçalves afirma que a função pública é o modo de execução de uma tarefa pública com a finalidade de concretizar o interesse público. GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o

pode-se analisar a função pública sob dois aspectos: (a) ela consiste em um dever-poder, e não uma faculdade do agente público; (b) o ato praticado com base nesse poder só será válido se alcançar a finalidade buscada (princípio da função).

André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa<sup>513</sup> afirmam que

A administração e o direito administrativo só podem compreender-se com recursos à ideia de interesse público. O interesse público é o norte da Administração Pública; é por isto que o art. 266º, n. 1, CRP e o art. 4º, CPA individualizam o princípio da prossecução do interesse público em termos categóricos. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade, não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses públicos tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos das necessidades colectivas a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos colectivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo duplo alcance.

No direito brasileiro, a função pública só pode ser prestada pelo Estado ou mediante delegação do Estado.<sup>514</sup> Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>515</sup> há uma tendência de multiplicação dos modelos de colaboração entre as entidades privadas e o Estado, em face do avanço da consensualidade, que abre novas alternativas mais flexíveis, quanto por motivo de desenvolvimento do conceito de espaço público não estatal, que possibilita a ação coordenada das chamadas entidades intermédias e a interação entre a sociedade e o Estado, de modo a fortalecer a legitimidade e ampliar o controle social.

Hartmut Maurer<sup>516</sup> chama a atenção de que a administração de intervenção depende da ordem e coerção, de modo que não pode haver a renúncia aos poderes soberanos do direito público.<sup>517</sup> Já a administração de prestação poderia ocorrer segundo o direito privado, caso não

---

exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1007.

<sup>513</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Lisboa: Dom Quixote, 2006. (Tomo I: Introdução e Princípios Fundamentais).. p. 201.

<sup>514</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 16, dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 26 ago. 2015.

<sup>515</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

<sup>516</sup> MAURER, Hartmut. **Elementos do Direito Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 157.

<sup>517</sup> “Durante a vigência do Estado Absolutista, a concepção de função pública achava-se fortemente influenciada pelas ideias de hierarquia, obediência, lealdade e fidelidade, devidas de uma maneira incondicional e sem limites ao monarca. Ressalta-se que não possuíam os funcionários qualquer tipo de garantia que os salvaguardassem no exercício e permanência de seus cargos. Atuavam por mandato e em representação do monarca, com a convicção de que seus cargos constituíam uma espécie de propriedade de que podiam fazer uso inclusive em seu próprio e particular benefício. (...) Com o Estado Moderno, a Administração passa a estar sujeita às normas jurídicas. Neste contexto, adquire a função pública um novo sentido: constitui o meio e o sistema através da qual se alcançara,

haja disposição legal com essa vedação. A utilização das formas jurídico-privadas decorreria da liberdade de escolha da Administração em relação tanto à forma de organização de instalação quanto à forma de relação de prestação ou uso.<sup>518</sup>

Podemos afirmar ainda que essa tendência de multiplicação de modelos de colaboração entre o poder público e as entidades privadas tem em sua base o princípio da eficiência, democratização do Estado,<sup>519</sup> além dos princípios da subsidiariedade e da descentralização.

Primeiramente, é necessário observar que o ordenamento jurídico prescreve objetivos a serem buscados e concretizados pelo Estado (interesse público).<sup>520</sup> José Carlos Vieira de Andrade<sup>521</sup> assevera que “o interesse público é o valor que justifica e dá fundamento à atividade da Administração Pública, corporizando os fins e as tarefas que lhe cabe realizar na divisão constitucional dos poderes.”

Contudo, o Estado pode – e deve – buscar o melhor meio para satisfazer as suas obrigações, seja de forma direta seja de forma indireta, dentre um juízo de valor da

---

dentro de uma espera efetiva subordinação ao ordenamento legal, o interesse público” ESCOLA, Héctor Jorge. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 88-89.

<sup>518</sup> MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 45.

<sup>519</sup> Em virtude do fracasso dos modelos anteriores, decorrente da crescente exclusão econômica e/ou social de parcela da população, da crise da democracia representativa e do crescente índice de corrupção e atuação com fins privados dos agentes públicos, a prevalência da Administração fechada, burocrática, centralizada e hierárquica, conduzido pelo exercício – muitas vezes cego – da imperatividade, dá lugar à nova Administração Pública. Esse novo modelo busca adequar essas inquietações com a sociedade do mundo contemporâneo, cada vez mais plural e complexa, com o objetivo de aproximar do Estado do cidadão/sociedade, abrir a gestão pública a estes e torná-la mais eficiente.

Esses objetivos só são possíveis em decorrência da nova concepção de gestão pública, privilegiadora da abertura democrática, com o direito mais flexível, eficiente e orientado pelo consenso da sociedade. Assim, a Administração centralizada e hierárquica vai, passo a passo, concedendo espaço para uma Administração mais horizontal e descentralizada, calcada no diálogo entre Estado e particular. Ver: OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010; CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009; FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>520</sup> Conforme Gustavo Binbenbojm, “Assim, salvo onde o constituinte foi explícito ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros substantivos erigidos pela própria Constituição. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação (...). O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações [entre interesses gerais e individuais. (...)] Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (...) não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. (...) a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação (...) para superar as regras estáticas de preferência atuando (...) com vistas à formulação de *standards* de decisão “(...) Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 86-106.

<sup>521</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Coimbra Editora: Coimbra, 1993. (Vol. V). p. 275.

Administração Pública, dos custos e benefícios do meio adotado para a satisfação das finalidades (interesse público). Não há monopólio do Estado na busca do interesse público nem dever jurídico imposto ao ente político de buscar de forma direta a concretização desse interesse, salvo nos casos expressamente previstos no ordenamento jurídico.

Não se pode esquecer que a Administração Pública tem o caráter instrumental, na satisfação do interesse público positivado no ordenamento jurídico.<sup>522</sup> O ordenamento jurídico, ao estipular os interesses públicos a serem satisfeitos e, por conseguinte, criar deveres ao Estado na prossecução do interesse público, confere à Administração Pública uma discricionariedade de atuação dentro do espaço deixado pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Cabe ao Poder Executivo atuar dentro deste espaço normativo com base nos critérios de conveniência e oportunidade acerca do caso concreto para melhor atender o interesse público.<sup>523</sup> O critério da oportunidade relaciona-se (encontra-se e limita-se) com o motivo: na existência e suficiência dos seus pressupostos (fatos e direito) para atender a finalidade do ato. Já a conveniência<sup>524</sup> tem relação com o conteúdo: “quando a escolha do seu conteúdo jurídico leva à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para a qual é praticado.”<sup>525</sup>

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>526</sup> a discricionariedade presume um juízo subjetivo para valorar os motivos e escolher o objeto, ambos dentro dos limites legais, em face

<sup>522</sup> Ver: LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>523</sup> Sobre a discricionariedade, ver: FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007; e FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Com a crise da lei e a consequente passagem de uma parcela de sua competência para a função executiva, há um aumento do dever-poder discricionário da Administração Pública, a qual sai da posição negativa para atuar de forma positiva, concretizando o texto normativo elaborado pela legislação. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a discricionariedade é uma prova de a lei sempre impõe o comportamento ótimo, pois na sua própria impossibilidade de atingir o melhor comportamento, ela deixa a escolha para o campo da função administrativa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32.

<sup>524</sup> Vladimir da Rocha França afirma que o juízo de oportunidade “implica a busca de legitimação política do Estado, através da inserção e análise de elementos metajurídicos na criação e aplicação de normas jurídicas, respeitando-se os procedimentos funcionais do ordenamento jurídico.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 40.

<sup>525</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 59-71.

<sup>526</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17; e FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85-86. Outras hipóteses de atuação discricionária diz respeito: a) ao juízo de oportunidade pela Administração sobre um pressuposto de fato para atuar na situação concreta, haja vista a ausência de indicação legal sobre os aspectos temporal, espacial e material; b) ao agir ou não agir; c) na liberdade para escolher entre dois ou mais interesses públicos estabelecidos pela lei, deixados à função executiva para escolher qual o melhor na situação concreta; d) a forma jurídica a introduzir o ato (liberdade na elaboração dos enunciados).

de alcançar o interesse público<sup>527</sup>. Essa valoração (juízo subjetivo) pela autoridade competente diz respeito, isolada ou cumulativamente a alguns aspectos, dentre eles à eleição da medida considerada idônea (conteúdo) para satisfazer a finalidade pública em face da situação fática.<sup>528</sup> E acrescentamos que o princípio da eficiência, através da análise dos custos e benefícios e resultados, deve ser uma das diretrizes principais nessa escolha.

A escolha pela cooperação e/ou parceria com o agente privado com vistas a atender o interesse público decorre do poder discricionário da administração pública, desde que observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Há funções e tarefas, tal como funções que exigem o exercício da força sobre o particular, que não podem ser delegadas. Entretanto, desde que não viole estes limites e observe o regime jurídico necessário para a desestadualização da prossecução do interesse público, a administração pública, através de uma escolha democrática, tem a prerrogativa na escolha do melhor meio para o atendimento da finalidade a qual está vinculada.

Isto não consiste em renúncia da competência e/ou função pública. Thiago Marrara<sup>529</sup> ensina que a discricionariedade se difere da renúncia em virtude delas serem institutos diversos: enquanto a discricionariedade permite a escolha de uma dentre várias escolhas permitidas pelo ordenamento jurídico, a renúncia consiste “sempre em uma omissão ilegal, que em nada guarda relação com a possibilidade de escolha entre meios de ação possíveis”. E ainda: enquanto a discricionariedade é a escolha de uma ação e tem origem em uma competência geral e abstrata de escolha, a renúncia corresponde à desistência de ação, em situações em que, em regra, aquela ação (vinculada) seria a única possível, conforme previsão legal. Assim, a renúncia consiste em uma ilegalidade, enquanto a discricionariedade, não!

<sup>527</sup> Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 50. O autor afirma que a valoração incorreta e a escolha desacertada ocasiona um vício na finalidade do ato administrativo, sem, contudo, atingir o seu mérito.

<sup>528</sup> Maria João Estorninho coloca como um dos corolários do princípio da prossecução do interesse público “o facto de a obrigação de prosseguir o interesse público exigir da Administração Pública que adopte sempre as melhores soluções possíveis para cada caso concreto.” ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 172.

<sup>529</sup> MARRARA, Thiago. Competência, Delegação e Avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 28, out./dez. 2011. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2019. p. 6. O autor complementa afirmando que “Através da transferência do exercício de competências, o agente público deixa de agir sem que, com isso, haja contrariamente à Lei, sem que haja renúncia ilegal e a despeito da existência de discricionariedade de escolha. Ao transferir o exercício da competência, o poder-dever de ação estatal fica resguardado, existindo apenas um deslocamento momentâneo da capacidade para outro agente público, o qual praticará o ato em lugar do agente originariamente competente.”



A democratização da Administração Pública implica a própria sociedade participar da função pública com vistas a concretizar o interesse público, dentro dos parâmetros constitucionais e legais. O princípio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88) caracteriza-se por ser uma evolução no conceito de democracia quanto à participação da sociedade na gestão da *res publica*<sup>530</sup>. O cidadão sai da função de mero eleitor e passa a participar da gestão da administração pública,<sup>531</sup> o que, em última análise, caracteriza-se por ser própria essência do princípio republicano.

A Constituição Federal adotou, em oposição ao governo monárquico, a República como forma de governo (*caput* do art. 1º). A república se fortalece com uma democracia mais participativa, no qual a sociedade tem a incumbência de gerir a coisa pública, controlar os gastos estatais e participar dos processos de decisão.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê, em seu art. 6º, nº 1º, que a

Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

Além desta norma, o art. 237 consagra a descentralização administrativa como princípio geral do poder local<sup>532</sup> e o art. 267, nº 2<sup>533</sup>, determina que a estrutura administrativa deve ser centralizada, enquanto o nº 1 estabelece uma busca por aproximação dos serviços das populações. Para Isabel Celeste Monteiro da Fonseca,<sup>534</sup> o princípio da descentralização impõe

<sup>530</sup> SANTOS, André Luiz dos; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. (Vol. I). p. 801. Ver também AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>531</sup> QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. (Vol. I) . p. 196.

<sup>532</sup> “Artigo 237.º Descentralização administrativa

1. As atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa.  
2. Compete à assembleia da autarquia local o exercício dos poderes atribuídos pela lei, incluindo aprovar as opções do plano e o orçamento.  
3. As polícias municipais cooperam na manutenção da tranquilidade pública e na proteção das comunidades locais.”

<sup>533</sup> “Artigo 267.º Estrutura da Administração

1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.  
2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes.”

<sup>534</sup> FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. **Direito da Organização Administrativa**: roteiro prático. Coimbra: Almedina, 2012. p. 110.

que a prossecução do interesse público não esteja a cargo apenas do Estado, mas também de outras pessoas coletivas de direito público. A descentralização, como bem salienta José Carlos Vieira de Andrade,<sup>535</sup> não envolve apenas o reconhecimento de uma personalidade jurídica autónoma, envolve, igualmente, o reconhecimento de interesses públicos e finalidades próprias às pessoas coletivas a quem se reconhece essa personalidade. Nesse sentido, as autarquias locais dispondo de uma autonomia da qual deve decorrer uma capacidade efetiva de regulamentação e realização dos interesses públicos que lhes são colocados a cargo, são uma realização própria do princípio da descentralização administrativa. Já na visão de José Carlos Vieira de Andrade<sup>536</sup> a administração deve buscar um equilíbrio entre o princípio da descentralização e o princípio da unidade da ação administrativa, com fulcro na concretização do princípio da máxima eficiência.<sup>537</sup>

Entendemos que, em virtude do princípio da máxima eficiência, além de outros já suscitados no presente trabalho, a descentralização implica na busca pela concretização dos direitos fundamentais da forma mais benéfica à sociedade, observado a ideia de custos/benefícios. Não obstante entender pela possibilidade de descentralização, inclusive, para entidades privadas, esta efetivação depende da comprovação, realizada no ato administrativo que irá transferir a execução da função pública, do benefício a ser obtido tanto pela Administração Pública quanto pela sociedade com mudança gravitacional na realização dessas tarefas públicas.

Em suma, cabe à Administração Pública buscar concretizar o interesse público (princípio da prossecução do interesse público), tanto de forma direta quanto de forma indireta, através da colaboração com os particulares. A Administração Pública é um meio/instrumento para a finalidade pública e deve, portanto, escolher, através de um juízo de valor acerca da conveniência e oportunidade da medida, o melhor caminho para concretizar os seus objetivos. Em razão de diversos fatores, como a ineficiência e aumento dos gastos públicos, há uma tendência de multiplicação dos modelos de colaboração entre os particulares e o Estado, com vistas a atender o princípio da eficiência e o princípio democrático e republicano.

---

<sup>535</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de Direito Administrativo**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. p. 104.

<sup>536</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de Direito Administrativo**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. p. 104.

<sup>537</sup> De facto, de acordo com 112.º do RJAL, a “concretização da descentralização administrativa visa a aproximação das decisões aos cidadãos, a promoção da coesão territorial, o reforço da solidariedade inter-regional, a melhoria da qualidade dos serviços prestados às populações e a racionalização dos recursos disponíveis”.

## 4 A DINÂMICA PRIVATIZADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 4.1 AS ORIGENS DA PRIVATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A privatização da Administração Pública é um fenômeno muito antigo, sendo, inclusive, anterior ao século XX ou, até mesmo, ao liberalismo.<sup>538</sup> Há indícios desde a Grécia e a Roma antiga, com as fórmulas de concessão de tarefas administrativas à particulares. Além destes, Paulo Otero<sup>539</sup> cita como exemplos ilustrativos: (a) o sistema de colonização de capitanias donatárias – no Brasil, conhecida como capitanias hereditárias – do século XV, em que o particular recebia amplos poderes administrativos e jurisdicionais sobre o território e sua respectiva população; (b) as Companhias Coloniais, também conhecidas como Companhias Majestáticas, em que sociedades comerciais capitava capital privado para a finalidade de exploração, valorização e organização da colônia, a qual possuía diversos poderes de império do Estado; (c) por fim, o fenômeno da patrimonialização dos ofícios públicos, que submete os ofícios a regras do Direito Privado, afastando o Estado da sua prestação. Há a transferência de ofício público à titularidade privada, bem como a transferência do exercício ou serventia de ofício público.

Não obstante os indícios acima, não podemos deixar de observar que a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>540</sup> afirma que a influência do direito civil sobre o direito administrativo, parte do primado do direito civil, para, posteriormente, uma fase da publicização do direito civil, e, neste momento, para um duplo movimento: se, por um lado, há a privatização do direito público (chamado por alguns de “fuga para o direito privado”), por outro lado, há a constitucionalização do direito administrativo.

Assim, a autora afirma que

Novas elaborações doutrinárias do direito administrativo começaram a conflitar com antigas construções doutrinárias, em especial no que diz respeito à noção de serviço público, que entrou em crise a partir do momento em que a Administração Pública

<sup>538</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. *Studia Iuridica* 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 32.

<sup>539</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. *Studia Iuridica* 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 32-33.

<sup>540</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Do Regime Jurídico da Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Vol. Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo). p. 156.

assumiu novas funções e passou a exercê-las pelos métodos de *gestão privada*, em movimento que se poderia chamar de *privatização do direito administrativo*, que começou talvez na metade do século XX; paralelamente, intensifica-se o movimento oposto de *publicização do direito privado*, também verificado no Brasil, com o Código Civil de 2002 e a própria constitucionalização do direito civil. Os dois movimentos convergem para um ponto comum, em que o princípio inspirador é o da supremacia do interesse público.

Paradoxalmente, os dois movimentos tiveram a mesma inspiração: na perseguição dos interesses da coletividade, a Administração Pública socorre-se do direito privado; com o mesmo objetivo, o Estado intervém, por meio de normas publicísticas, nas relações antes regidas pelo direito privado, imprimindo função social ao contrato e à propriedade privada, introduzindo a teoria do risco no âmbito civil; até na Constituição encontram-se normas que interferem com o direito civil, a ponto de falar-se, hoje, em direito civil constitucional. É o fenômeno da *hiperconstitucionalização* do direito.

Isto posto, passamos agora a analisar especificamente o fenômeno privatizador, iniciando pelo seu conceito e delimitação e, posteriormente, o seu regime jurídico, incluindo os limites jurídicos a serem observados.

#### 4.1.1 Conceitos de Privatização

O termo “privatização”<sup>541</sup> é bastante polêmico no debate político e jurídico atual.<sup>542</sup> Para alguns, ele é a solução de todos os problemas apresentados pelo Estado moderno; já para outra parcela, ela significa o que há de mais pernicioso na sociedade neoliberal, voltado apenas para o lucro.

A palavra privatização significa o procedimento ou resultado de privatizar. Esse é exatamente o sentido fornecido pelo dicionário Aurélio acerca do conceito de “privatização”<sup>543</sup>: “ato ou efeito de privatizar”. Privatizar, por sua vez, é dito a passagem “para domínio de empresa privada o que era do poder do Estado; proceder à privatização.” O verbo “privatizar” refere-se à transferência de uma tarefa e/ou função pública exercida pelo Estado, sob o regime jurídico de direito público, para uma empresa jurídica de direito privado e/ou para que seja exercido sob o regime jurídico de direito privado.

Nesse sentido, a “privatização” confere a ideia referente ao ato, processo ou efeito de privatizar, de tornar privado algo que não o era. Segundo Savas,<sup>544</sup> “privatização é o ato de

<sup>541</sup> Peter Drucker é tido como um dos primeiros a utilizá-lo em seu sentido atual, na década de 70, popularizando-o entre os administradores de empresas. DONAHUE, John D. **Privatização**: fins públicos, meios privados. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

<sup>542</sup> Ver FREITAS, Lourenço Vilhena de. **Direito Administrativo das Privatizações**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. VII, Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>543</sup> Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/privatizacao>>.

<sup>544</sup> SAVAS, E. S. **Privatização**: a chave para um governo melhor. Rio de Janeiro: Nórdica, 1987. p. 13.

reduzir o papel do governo, ou de dar maior importância ao setor privado, numa atividade ou na propriedade de bens.” Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>545</sup> adota um sentido mais alargado da terminologia, de modo a entender a privatização como as medidas adotadas que diminuam a abrangência do Estado, compreendendo, fundamentalmente: a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b) a desmonopolização de atividades econômicas; c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras de prestação de serviços);<sup>546</sup> é nesta última forma que entra o instituto da terceirização.<sup>547</sup>

Paulo Veiga e Moura<sup>548</sup> assevera que o termo privatização, quando associado à função pública, pode ser empregado em três sentidos: a) como uma desfuncionalização de parte dos agentes públicos da Administração; b) como uma substituição do direito público pelo direito privado, enquanto instrumento disciplinador/regulador do emprego público; c) como uma aproximação tanto formal quanto substancial do emprego público ao emprego privado, transportando para emprego público institutos típicos do direito trabalhista (privado).

Paulo Otero afirma que privatizar envolve “remeter para o Direito Privado, transferir para entidades privadas ou confiar ao sector privado zonas de matérias ou de bens até então excluídos ou mais limitadamente sujeitos a uma influência dominante privada.”<sup>549</sup> Esta

<sup>545</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Do Regime Jurídico da Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Vol. Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo). p. 167.

<sup>546</sup> José dos Santos Carvalho Filho, entende que “a terceirização caracteriza-se como fato jurídico e, portanto, idôneo a produzir a criação, alteração e extinção das relações jurídicas. Enquadra-se entre fatos jurídicos voluntários, visto que oriundos da manifestação volitiva dos interessados, formalizada normalmente por meio de contrato” CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Terceirização no setor público: encontro e desencontros. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 60-61.

<sup>547</sup> A terceirização costuma ser definida como “processo de gestão empresarial que consiste na transferência para terceiros de serviços que, originalmente, seriam executados dentro da própria empresa/entidade.” FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria di. As Terceirizações e as Contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 13. Ressalta-se que, conforme as autoras, as terceirização tem como base a ideia de eficiência, através, dentre outros, da redução de custos. p. 14.

<sup>548</sup> MOURA, Paulo Veiga e. **A Privatização da Função Pública**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 327.

<sup>549</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 36.

delimitação é importante pois, normalmente, associa-se a privatização apenas no seu aspecto subjetivo, no sentido de transferência da prestação de atividades de sujeitos públicos para sujeitos privados. Entretanto, ela é muito mais ampla, pois engloba também a descentralização administrativa,<sup>550</sup> em que o Estado deixe de prestar determinado serviço e/ou atividade sob o regime jurídico de direito público para prestá-lo sob o regime jurídico de direito privado, através das suas empresas estatais. Além disto, a outorga e/ou delegação de funções públicas a entidades privadas também podem ser vistas como uma forma de privatização, bem como o reconhecimento do Estado em satisfazer, de modo eficiente, determinados direitos fundamentais, de modo a abrir espaço para a prestação de serviços e tarefas privadas onde antes havia apenas espaço público.

Gaspar Ariño Ortiz<sup>551</sup> percebe que

Com o termo privatização se alude a toda iniciativa pública que busca reduzir a intervenção pública e aumentar a eficiência econômica, abandonando 'o público' e recorrendo ao 'privado', em diversos campos: titularidade da atividade, forma de gestão, regime de propriedade, regime jurídico, forma de financiamento.

Nesse sentido, a privatização da Administração Pública é um fenômeno que pode importar diversos sentidos, embora todos estejam relacionados, de certa forma, com a ideia de diluição de espaços entre o direito público e o direito privado, como uma forma de transferir para o direito privado e/ou particulares a realização de funções/tarefas inicialmente públicas. É o mesmo que assevera Paulo Otero, ao afirmar que esse fenômeno está ligado a duas perspectivas: (a) o exercício por entidades privadas por funções de natureza administrativa; ou (b) a transferência para particulares de exercício de poderes soberanos, exercidos inicialmente por autoridades públicas.<sup>552</sup>

Não obstante estas perspectivas, conforme a lição do autor lusitano, a privatização da Administração Pública pode ser recortada em seis conceitos jurídicos distintos<sup>553</sup>: a) a

<sup>550</sup> É importante lembrar que a ideia de descentralização da prestação dos serviços prestados pelo estado não adveio com a reforma do Estado, implementada na década de noventa; mas apenas foi acentuada por esta. GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção Atividade-fim e Atividade-meio na Terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 24, out./dez. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

<sup>551</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004. p. 505

<sup>552</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 31.

<sup>553</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da**

privatização da regulação administrativa da sociedade; b) privatização do direito regulador da Administração; c) privatização das formas organizativas da Administração; d) privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas; e) privatização do acesso a uma atividade económica; f) privatização do capital social de entidades empresariais públicas. E aqui eu acrescentaria, ainda, chamada privatização material (privatização de fato ou privatização implícita)<sup>554</sup>: quando a inércia e/ou ineficácia estatal justifica a atuação dos cidadãos com vistas a concretização dos seus direitos fundamentais.

A privatização da regulação administrativa da sociedade consiste em uma desestatização em relação à atividade reguladora do Estado. Aqui, o Estado deixa de regular determinada área da sociedade, devolvendo para a sociedade essa intervenção, seja através da desregulação ou da auto-regulação.

A privatização do direito regulador da Administração consiste na utilização do Direito Privado por entidades públicas, como, por exemplo, a utilização de contratos sob a forma jurídico-privada por essas entidades. Há uma mudança interna nas entidades públicas da utilização do Direito Público para o Privado.

A privatização das formas organizativas da Administração Pública corresponde à alteração da natureza jurídica da entidade pública: uma entidade coletiva dotada de personalidade jurídica de Direito Público é transformada em pessoa coletiva de Direito Privado.

A privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas refere-se ao

fenómeno de conferir a pessoas singulares ou colectivas privadas a gestão ou a exploração de determinadas tarefas administrativas desenvolvidas por serviços públicos, designadamente de tarefas de prestação de polícia ou de fomento, passando os respectivos 'meios de produção' de propriedade pública, segundo o disposto no art. 82º, nº 3, da Constituição, a integrarem-se, por simples efeito da gestão pertencer a entidades privadas, no sector privado.

Referia-se, no entanto, que a privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas envolve sempre um elevado grau de precariedade decorrente de o Estado (ou outra entidade pública) manter a responsabilidade última pelo efectivo e eficiente funcionamento das tarefas públicas em causa: alicerçando-se em actos administrativos ou em contratos administrativos, a entidade pública por tais tarefas dotada de uma responsabilidade última de garantia goza de amplos poderes de conformação, fiscalização e sancionamento sobre o modo como a gestão ou a exploração dessas mesmas tarefas públicas encontra a ser desempenhadas pela entidade privada a quem foram confiadas, incluindo de colocar termo ao respectivo acto ou contrato permissivo.<sup>555</sup>

---

**Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo.** Coimbra: Coimbra, 2001. p. 37.

<sup>554</sup> Ver: AFONSO, João José Rodrigues A **privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

<sup>555</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. *Studia Iuridica* 60 - Os Caminhos da Privatização da

Nesse conceito de privatização, as tarefas administrativas, decorrentes de serviços públicos, são geridas ou exploradas a pessoas privadas, seja física ou jurídica.

A privatização do acesso a uma atividade econômica consiste na abertura do monopólio<sup>556</sup> público à iniciativa privada. Por fim, a privatização do capital social de entidades empresariais públicas corresponde a possibilitar o ingresso do capital privado no capital social de entidades públicas, ou seja, é a abertura do capital social de empresas estatais à iniciativa privada.

Não obstante termos tecidos apenas algumas considerações, a intenção é ir, aos poucos, com o aprofundamento da matéria.

#### 4.1.1.1 Privatização orgânica e privatização funcional<sup>557</sup>

A diferença entre privatização funcional e privatização orgânica é muito bem delimitada por Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, em sua tese de Doutorado “O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas”. Essas formas consistem em modalidade de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, e não na privatização das próprias tarefas públicas. Desta forma, a entidade privada assume uma tarefa pública, que continua a ser, em última instância, de responsabilidade do Estado.<sup>558</sup>

##### Na privatização funcional

A entidade privada limita-se a contribuir com as suas capacidades e competências próprias (privadas) para a execução de uma função pública pela própria Administração, que seja no âmbito da responsabilidade de preparação, que seja no da responsabilidade de implementação da tarefa.

---

**Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo.** Coimbra: Coimbra, 2001. p. 40-41.

<sup>556</sup> Conforme Eros Grau, enquanto a atividade econômica se caracteriza pelo clima de livre concorrência, competição e, quando prestado com exclusividade, ocorre sob o regime de monopólio; o serviço público se caracteriza pela atuação, ainda que por mais de um concessionário ou permissionário, sob o regime de privilégio. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 138; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 321.

<sup>557</sup> Ressalta-se que a privatização de fato (prestação deficitária de serviços de segurança pública) será aprofundada no item 6.3.3 deste trabalho.

<sup>558</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 391. O autor afirma que “Na hipótese de privatização funcional, uma entidade privada auxilia e colabora com a Administração, colocando os seus meios e as suas competências ao serviço de preparação ou da implementação de uma tarefa pública. Essa entidade não exerce uma função pública, limita-se a contribuir, a partir da esfera privada, para o exercício, inerente à Administração, de uma função pública.”



Neste caso, a entidade privada exerce atividade no domínio privado; e não no âmbito público, como tarefa administrativa. Entretanto, ao atuar como no âmbito privatístico, o particular auxilia, participa, colabora técnica e materialmente na concretização de tarefas próprias da Administração.<sup>559</sup> Nas palavras de Pedro Gonçalves,<sup>560</sup>

Actua como um instrumento que presta serviços ou exerce as suas competências técnicas em benefício da Administração, fazendo-o sem autonomia no plano das relações externas. A entidade privada presta um serviço que a Administração teria de produzir, realiza uma diligência que esta teria de efectuar, mas desenvolve a actuação solicitada no âmbito do direito privado. A Administração é, do ponto de vista dessa entidade, um cliente interessado em beneficiar dos serviços que presta. Ao disponibilizar tais serviços, ela não exerce uma função pública, limitando-se a desenvolver uma actividade privada que produz resultados que contribuem para a execução de uma função pública pela própria Administração.

A privatização funcional também é conhecida por *terceirização*.<sup>561</sup> O particular/colaborador é uma entidade privada que, sob ordens e instruções da Administração (isto é, sem autonomia), executa tarefas administrativas. As tarefas públicas continuam a ser de titularidade da Administração, que conserva a sua esfera e responsabilidade pública.<sup>562</sup>

<sup>559</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 348.

<sup>560</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 349.

<sup>561</sup> Para Maurício Goldinho Delgado, a terceirização tem origem na globalização, em que, na busca empresarial pela competitividade, as empresas pretendiam focar na atividade-fim e delegar suas atividades-meio para outras empresas, reduzindo, pois, os custos e partilhando os riscos. Essa estratégia de gestão foi adotada tanto pelo setor privado como pelo setor público, principalmente a partir dos anos de 1990 no Brasil. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 418-419. Lívio A. Giosa ensina que a terceirização é uma técnica de gestão oriunda da Ciência da Administração: “hoje, no entanto, a terceirização se investe de uma ação mais caracterizada como sendo técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão, que leva a mudanças estruturais da empresa, a mudanças de cultura, procedimentos, sistemas e controles, capilarizando toda a malha organizacional, com objetivo único quando adotada: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal.” GIOSA, Lívio A. **Terceirização**: uma abordagem estratégica. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1994. p. 11. E, por fim, Ophir Cavalcante Júnior defende que ““A terceirização não deve sofrer amarras ou rotulações. É fenômeno econômico que não pode ficar limitado às atividades acessórias, pois um dos traços característicos da economia moderna é o uso intenso da tecnologia mais recente, o que conduz à especialização dos serviços, permitindo maior produtividade. Desse modo, as atividades que não se inserem no âmbito da especialização da empresa devem ser transferidas a outras, em um sistema de cooperação ou parceria empresarial. De outro lado, com o advento da globalização da economia ou universalização dos mercados aliada às novas técnicas de administração está cada vez mais difícil definir o que seja atividade acessória ou principal de uma empresa. Um exemplo é o caso das montadoras de automóveis, que hoje em dia se resumem a isto, montar, sendo que a fabricação de todos os componentes é terceirizada. Ou será que os componentes não são essenciais ao produto final?”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996. p. 73-74.

<sup>562</sup> Pedro Gonçalves afirma que “a privatização funcional representa, assim, como que uma ‘substituição’ ou ‘troca’ de uma actuação pública por uma actuação privada: a entidade privada não é chamada a executar uma tarefa pública, mas apenas a contribuir, com os meios do direito privado que em geral estão ao seu alcance, para a execução de uma tarefa naquela natureza.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com**

A privatização funcional passou a ser muito utilizada no Brasil com a reforma do Estado da década de 90. A partir desta época, passou-se a defender um Estado mais enxuto e produtivo, com respaldo, principalmente, no princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19. Dora Maria de Oliveira Ramos<sup>563</sup> leciona que

A terceirização aplicada ao Direito Administrativo é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa do Poder Público.

Por isso, Pedro Gonçalves afirma que o limite da privatização funcional é o seu exercício através do direito privado, sem a função pública; no sentido de que ela só pode ocorrer quando a Administração puder oferecer aquele serviço ou atividade através desse regime jurídico.<sup>564</sup> Isso porque, nesta forma de privatização, a Administração, ao invés de utilizar-se da atuação pública, derroga esta, substituindo-se por uma atuação privada.

---

**Poderes Públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 357.

<sup>563</sup> RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **A Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001. p. 179.

<sup>564</sup> Pedro Gonçalves afirma que “a privatização funcional representa, assim, como que uma ‘substituição’ ou ‘troca’ de uma actuação pública por uma actuação privada: a entidade privada não é chamada a executar uma tarefa pública, mas apenas a contribuir, com os meios do direito privado que em geral estão ao seu alcance, para a execução de uma tarefa naquela natureza.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 358.

Não obstante esta privatização poder ocorrer através do diploma legal, normalmente ela ocorre e é regulada através de um contrato, em que no Brasil está regulada pela Lei nº 8.666,<sup>565</sup> de 21 de junho de 1993.<sup>566</sup>

---

<sup>565</sup> O art. 71 da Lei nº 8.666/93 dispôs que “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.” Entretanto, a Súmula 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho dispunha de forma contraditória. Vejamos: Súmula 331, TST: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (...) V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.” Em razão dessa divergência e da insegurança jurídica, foi proposto o RE 760.931/DF, cuja repercussão geral foi reconhecida sob o tema 246, para, à luz dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição Federal, discutir a constitucionalidade, ou não, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços. Nesse sentido, foi publicado em 12.09.2017, o acórdão do Tema 246 do RE c/ RG 760.931/DF, de redação do Min. Luiz Fux, cuja ementa está a seguir transcrita: Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de

Por outro lado, na privatização orgânica, a entidade privada investe-se de uma função pública. Nesta, o Estado transfere a responsabilidade e tarefa pública para a entidade privada, mediante a execução de obras e serviços, como, v.g., a privatização do sistema prisional. Por outro lado, o Estado assume a função de garante e assegura que a tarefa deve ser executada de acordo com princípios, limites e diretrizes impostas pelo direito público, especialmente o Direito Administrativo; o que, de certa forma, impõe a fiscalização desta por parte do ente público.<sup>567</sup>

Diferentemente da privatização funcional, aqui a entidade privada é investida da responsabilidade da execução de uma tarefa pública, inclusive com a autonomia, gestão e direção dessa tarefa. Há, pois, uma transferência de responsabilidade pública do ente público para o privado, em que esta passa a ser uma “instância de exercício do poder público”, vez que esta assume uma função pública. Isso implica em, por um lado, vincular a entidade privada ao direito privado administrativo e, por outro lado, obriga a Administração a fiscalizar a execução dessa tarefa.

Nesse sentido, há um processo de “pluralização da Administração Pública”:

---

fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 760931. Relator(a): Min. Rosa Weber. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 26 abr. 2017. Publicação em: 12 set. 2017).

<sup>566</sup> Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências

<sup>567</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 349 e ss.

A entidade privada constitui-se agora, como uma depositária da responsabilidade da execução de uma tarefa que a lei confiou à Administração nas relações externas que estabelece no cumprimento da missão que lhe foi confiada.<sup>568</sup>

O ponto fulcral da privatização orgânica consiste no fato de a entidade privada assumir a responsabilidade de execução de uma tarefa pública. Essa delegação ocorre através da delegação de funções pública ou a criação, por iniciativa pública ou em parceria público-privada, de entidades formalmente privadas.<sup>569</sup>

Pedro Gonçalves chama a atenção que, enquanto para a privatização funcional, não é necessário a edição de lei autorizativa, vez que a contratação de auxiliares é inerente à titularidade da tarefa; na privatização orgânica, ela é indispensável. No Brasil, essa transferência já foi previamente autorizada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, ao dispor que os serviços públicos serão prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente, através dos contratos de concessão ou permissão,<sup>570</sup> sempre mediante licitação.<sup>571</sup>

A Administração tem o poder de contratar auxiliares e colaboradores sem a edição de lei, vez que ela mantém a responsabilidade para si, bem como não transfere a outrem a execução da função pública. Por outro lado, como na privatização orgânica há consequências na organização administrativa, de modo a transferir a própria responsabilidade pela gestão de uma tarefa pública, faz-se imprescindível que esta privatização (delegação de funções públicas ou criação de entidade formalmente privada) ocorra através de lei formal (*reserva de lei*) ou ato com base em lei.

## 4.2 O REGIME JURÍDICO DA DELEGAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA AOS PARTICULARES (PRIVATIZAÇÃO ORGÂNICA)

<sup>568</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 349.

<sup>569</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 391.

<sup>570</sup> Os contratos de concessão e permissão de serviço público estão regulados pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. As parcerias público-privadas, cuja natureza jurídica é de concessão especial, estão reguladas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

<sup>571</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;  
II - os direitos dos usuários;  
III - política tarifária;  
IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

A função pública é a atividade estatal com objetivo de atender ao interesse público, cujo caminho decorre da interpretação do ordenamento jurídico pátrio.<sup>572</sup> De certa forma, o objetivo do Estado está previsto no ordenamento jurídico, em que, no caso da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal enumera em seu art. 3º.<sup>573</sup> Não obstante estes objetivos fundamentais, no decorrer do sistema normativo é possível extrair outros objetivos, como o previsto no *caput* do art. 170 da CF/88<sup>574</sup> e a concretização dos direitos fundamentais, dentro outros previstos em normas infraconstitucionais, as quais têm na Constituição o seu pressuposto de validade.

Ocorre que, estabelecido os fins a serem buscados pelo Estado, os meios necessários para tanto podem mudar no decorrer do tempo, desde que respeito os limites previstos na própria Constituição. Ora, devemos atentar que o modelo econômico adotado pelo Estado é instrumental, com a finalidade de cumprir os seus deveres e objetivos.<sup>575</sup> Não importa o regime assumido pelo Estado brasileiro (meio), o seu fim será sempre o interesse público, a promoção da justiça social<sup>576</sup> e os demais objetivos previstos na Constituição, notadamente em seu art. 3º e a concretização dos direitos fundamentais. Os instrumentos necessários para tal fim poderão mudar, a depender do momento histórico e do livre jogo político democrático, sem importar se

<sup>572</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 4.

<sup>573</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>574</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>575</sup> Segundo Humboldt, “o Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio ‘para a formação do homem’. Se o Estado tem um fim último, esse é o de ‘elevar os cidadãos ao ponto de poderem eles perseguir espontaneamente o fim do Estado, movidos pela única ideia da vantagem que a organização estatal a eles oferece para o alcance dos próprios objetivos individuais”. HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Los Limites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>576</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.. p. 120.

a atuação no domínio econômico e social se dará de forma direta ou indireta. Qualquer que seja o modo de atuação nesses domínios, o Estado tem de basear-se nos fundamentos constantes no art. 1º da CF/1988<sup>577</sup>, ter como objetivos aqueles delineados no art. 3º da CF/1988<sup>578</sup> e obedecer aos princípios da administração pública, tanto os explícitos quanto os implícitos.

Cabe ao Estado, por meio da atuação<sup>579</sup> no domínio econômico e social, seja de forma direta seja de forma indireta, buscar concretizar os valores socioeconômicos consagrados na Carta Magna<sup>580</sup>, tendo como base a dignidade humana, núcleo gerador de todas as demais finalidades sociais e econômicas da regulação<sup>581</sup>.

Não podemos deixar de observar que a delegação da função pública aos particulares hoje é uma realidade, seja para buscar uma atuação mais eficiente seja para democratizar a Administração Pública. Ela constitui um fato organizativo e uma decisão no plano da organização da administração que implica uma mudança na ordem de competências estabelecidas pelo ordenamento. Por isso, estamos a abordar, especificamente, a privatização orgânica.

Fernando Sainz Moreno<sup>582</sup> leciona que para a caracterização do exercício privado de funções pública há dois requisitos. (a) A atividade profissional: não é qualquer participação dos cidadãos em assuntos públicos que configura a função pública exercida por particulares, tal como ocorrem em catástrofes e/ou qualquer colaboração eventual dos particulares à Administração. É necessária que haja uma carga de profissionalidade, em que, mesmo no exercício da função pública, o particular não perde os elementos essenciais do caráter privado da sua profissão. (b) O caráter da função pública que se atribui ao exercício da profissão do

<sup>577</sup> I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

<sup>578</sup> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>579</sup> Segundo Eros Roberto Grau, a atuação estatal ocorre sobre a atividade econômica em sentido amplo, ou seja a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos; já a intervenção estatal ocorre apenas em relação à atividade econômica em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145.

<sup>580</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 2, a. 1, abr. 2003 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12727>>. Acesso em: 5 mar. 2015. p. 2

<sup>581</sup> PLACHA, Gabriel. **A atividade regulatória do Estado**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=46474](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=46474)>. Acesso em: 12 jun. 2019. Segundo o autor, a Justiça social pressupõe necessariamente o desenvolvimento econômico.

<sup>582</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1780.

particular tem um caráter técnico. Nesse caso, confere-se a função pública ao particular, mantendo sua natureza pública, mas conservando o caráter da atividade privada.<sup>583</sup>

Ademais, Moreno também distingue a relação jurídica existente entre o particular, executor da função pública, e a Administração Pública, e aquele e o cidadão. Quanto à relação jurídica do particular, em relação à Administração, ele submete-se ao conjunto de normas aplicáveis à atividade administrativa. Administração tem o dever-poder de fiscalizar o cumprimento dessa delegação, bem como impondo regras gerais sobre o seu exercício. Por outro lado, não há uma submissão/hierarquia entre o particular, exercente da função privada, e a Administração Pública. Aquele deve manter a sua posição de independência, devendo observar a delegação os limites e diretrizes contratuais.<sup>584</sup>

Já em relação aos particulares exercente da função pública e o particular, há a concorrência dos elementos do direito público e do direito privado. De uma parte está obrigado a atuar (princípio da continuidade do serviço público) – salvo norma jurídica que preveja uma exceção, como, v.g., o art. 78, inc. XIV, XV e XVI da Lei nº 8.666/93 – mas de outra, o particular que com ele contrata celebra um contrato privado. A responsabilidade do exercente privado de funções públicas não é, portanto, administrativa, mas civil; e, quando da prestação de serviço público, ele responde de forma objetiva, tal como o Estado, por força do art. 37, § 6º, da CF/88. Por fim, seus atos não se imputam à Administração.

Assim, faz-se necessário observar que a delegação tem de obedecer a um determinado regime jurídico, imposto pelo ordenamento pátrio, o que incluirá limites, absolutos e relativos, à sua realização.<sup>585</sup>

#### 4.2.1 Condições Constitucionais da Delegação

A delegação de funções públicas a particulares não transfere a titularidade da função, mas apenas o seu exercício. Para que isso ocorra, há alguns condicionantes constitucionais que devem ser observados: princípio da legalidade, princípio democrático e a prossecução do interesse público.

---

<sup>583</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1780 e ss.

<sup>584</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1781.

<sup>585</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1781.



Quanto ao princípio da legalidade<sup>586</sup>, implica observar que a delegação tem de se efetuar por lei ou com base em uma lei, bem como obedecer ao procedimento previsto pelo ordenamento jurídico para a delegação, ressaltando as atividades que são indelegáveis. E ainda: Conforme Pedro Gonçalves, a delegação deve observar não só o aspecto formal, mas também o aspecto material, mais especificamente o âmbito de poderes delegáveis e as entidades que podem assumir a posição de delegatária.<sup>587</sup>

Com a evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade, deve haver a obediência ao ordenamento jurídico, com forte carga axiológica, chamado de “bloco da legalidade” ou ainda de “legalidade constitucional.”

A abrangência do princípio da legalidade ocasiona, consequentemente, uma ampliação da validade da norma administrativa, que passa da legalidade formal para a juridicidade: o sujeito competente para exercer a função administrativa não está vinculado apenas à vontade e ao dispositivo legal, como também à vontade juridicamente positivada e aos valores do sistema, perceptíveis através da interpretação constitucional.

O princípio democrático (ou princípio da legitimidade) consiste na vontade soberana do povo, mais especificamente na justificação de um determinado poder; na relação comando/obediência.<sup>588</sup> Este princípio pode ser entendido como a própria base de criação e validação do ordenamento jurídico e suas alterações, assim como tem o papel, em última análise, de definir o interesse público, o qual deverá ser atendido pela ação administrativa.<sup>589</sup>

Nas sociedades contemporâneas, a legitimidade deve ser observada em seus três aspectos: a legitimidade pelo título, a legitimidade pelo exercício e a legitimidade pela eficiência.<sup>590</sup> A legitimidade pelo título consiste na investidura legítima do exercício do poder

---

<sup>586</sup> O princípio da juridicidade consiste na terceira evolução do princípio da legalidade; em que não se requer mais a adequação de determinado ato apenas à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo, um sistema harmônico (legalidade constitucional). Esse princípio foi positivado no ordenamento jurídico através da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), no qual em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I, prevê o princípio da legalidade como a obediência à lei e ao direito. Ou seja, a juridicidade – a legalidade pós-positivista, em sua 3ª evolução – amplia o conceito de legalidade e passa a compreender também a observância aos valores constitucionais, em uma perspectiva interna ao sistema. Ver BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 139-143; e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41.

<sup>587</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1007.

<sup>588</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 37.

<sup>589</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 276.

<sup>590</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 21.

ou função, na autoridade competente para a atuação (*cadeia de legitimação*). A doutrina alemã entende que a legitimidade pelo título não precisa necessariamente ser escolhido pelo povo: o próprio ato de delegar funções públicas é fundamento dessa legitimidade democrática. A delegação vai pressupor um contrato administrativo, o que satisfaz a legitimidade pelo título.<sup>591</sup>

A legitimidade pelo exercício consiste na democratização da Administração Pública. Conforme já afirmamos no capítulo anterior, permitir a participação da sociedade na gestão das coisas pública implica na concretização não só do princípio democrático como também o republicano, ambos valores fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Dessa forma, essa abertura democrática, chamando a sociedade a participar da gestão da coisa pública, fortalece o princípio democrático e a legitimidade do sistema jurídico.

A legitimidade pela eficiência reside na concretização dos direitos fundamentais e na persecução dos objetivos traçados constitucionalmente.<sup>592</sup> A Administração Pública tem um papel instrumental na concretização dos objetivos do Estado, de modo que pode busca-los tanto na atuação direta, através dos seus órgãos e pessoas jurídicas, como através de particulares que recebem tal incumbência a partir do instrumento jurídico contratual. A decisão pela delegação – discricionariedade administrativa,<sup>593</sup> desde que observado os limites e o regime jurídico para tanto – deve ter por finalidade e motivação uma maior e/ou melhor possibilidade de alcançar os objetivos traçados.

A delegação só será constitucional em razão da prossecução do interesse público. Não cabe haver a delegação para buscar interesses outros que não o interesse público. Caso não seja

---

<sup>591</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1010.

<sup>592</sup> No caso do sistema prisional, o STF entendeu que os presídios brasileiros seriam um “estado de coisas inconstitucional” e “Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação em: 27 ago. 2015).

<sup>593</sup> Com a crise da lei e a consequente passagem de uma parcela de sua competência para a função executiva, há um aumento do dever-poder discricionário da Administração Pública, a qual sai da posição negativa para atuar de forma positiva, concretizando o texto normativo elaborado pela legislação. Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que a discricionariedade é uma prova de a lei sempre impõe o comportamento ótimo, pois na sua própria impossibilidade de atingir o melhor comportamento, ela deixa a escolha para o campo da função administrativa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32. A crise da lei e do legislador decorre da decadência do mito da democracia representativa (âmbito estrutural) e da desconstrução da lei como única forma de regular as condutas dos particulares e da própria Administração Pública, diante do aumento da complexidade das relações sociais público-privadas e do pluralismo político (âmbito funcional). FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 118.

esta a finalidade, haveria uma invalidação do ato delegatório por abuso do poder, na sua espécie de desvio de poder ou finalidade.

Isso implica dizer que os particulares estão vinculados ao direito administrativo privado e a busca para o interesse público. Por isso, integram a Administração Pública (em sentido funcional), tendo de se submeter à fiscalização pública.<sup>594</sup> Essa vinculação será observada em duas perspectivas: a interna e a externa. Do ponto de vista interno, o Estado tem o dever-poder de exercer a fiscalização, em razão do controle tanto do cumprimento das cláusulas contratuais quanto da eficiência na busca pela concretização do interesse público. Assim, a Administração assume uma função de garante.<sup>595</sup> Do ponto de vista externo, o particular está vinculado ao Direito Administrativo. Se ele assume um bônus, ele também deve assumir o ônus desse exercício.

Maria João Estorninho entende que os particulares, ao receberem a delegação para exercer função pública, está vinculado aos direitos fundamentais.<sup>596</sup> Para a autora portuguesa, a Administração Pública é sempre Administração Pública, não podendo furtar-se das suas obrigações e vinculações em virtude da sua forma organizacional, vez que no momento da prossecução do interesse público devem reger-se por normas de direito público, em específico os direitos fundamentais e as normas de controle. A autora afirma que

Qualquer outra solução, que permita a Administração, ao optar por determinadas formas de organização ou actuação em vez de outras, possa libertar-se das suas vinculações normais é, na minha opinião, um <<convite>> aos fenómenos de <<fuga para o direito privado>>. Na verdade, aceitar que a Administração Pública esteja menos vinculada aos direitos fundamentais, quando actua segundo o Direito Privado, é uma perigosa <<porta aberta>> à tentação de escolher as formas de organização e de actuação jurídico-privadas como um mero subterfúgio (inadmissível) para escapar às vinculações e aos controlos a que a actividade administrativa normalmente está sujeita.

Entendo dessa mesma forma! Apesar da possibilidade de delegação da tarefa pública, faz-se imprescindível que o particular ao assumir tal tarefa observe e tenha por objetivo a prossecução do interesse público, com vistas e atendimento aos direitos fundamentais. Ora, o

<sup>594</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 393.

<sup>595</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 392. O autor ainda afirma que “a delegação de funções públicas está sob a reserva de lei. Por outro lado, e uma vez que o Estado não renuncia à tarefa delegada – abdicando apenas de a executar pelos seus próprios meios –, é essencial que ele assuma uma responsabilidade de garantia, a qual postula, além do mais, a fiscalização contínua do exercício da atividade delegada.” p. 396.

<sup>596</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 239-240.

particular, apesar de estar “apenas” com a mera execução da tarefa – o Estado permanece com a sua titularidade -, ele é a própria Administração para os “olhos” da sociedade, a quem estará recebendo a prestação do serviço. Assim, não pode a entidade particular imiscuir-se dessa vinculação na sua atuação sob a perspectiva externa da prestação do serviço/tarefa, apesar de na sua perspectiva interna, principalmente organizacional e forma de atuar, ela possuir liberdade de atuação, sem a obediência ao trâmite burocrático necessário para a Administração Pública, como no caso das contratações de obras, serviços e pessoal, de forma isonômica.

#### 4.2.2 Limites à delegação

Apesar de a delegação consistir em um instrumento de democratização da Administração Pública, há limites absolutos e relativos para tanto.<sup>597</sup> Os limites absolutos implicam em uma reserva estatal da função pública, a qual não pode ser delegada aos particulares. São limites absolutos o poder do emprego da força (poder de autoridade<sup>598</sup> e de coerção) e as funções de soberania.

No Estado Democrático de Direito, o Estado tem o monopólio do uso da força.<sup>599</sup> Isso implica a vedação ao particular de assumir atividades em que haja o emprego direto do uso da força. Caso haja a delegação, haveria uma quebra de confiança entre o particular e o Estado,

---

<sup>597</sup> Fernando Sainz Moreno afirma que “*El problema fundamental que aquí se plantea consiste en deslindar lo que es actividad <<profesional privada>> y lo que es <<tarefa pública>> propia del Estado. Este es un problema de orden constitucional. La Constitución, de un lado, garantiza el contenido esencial de la <<liberdade profesional>> (arts. 35, 36 y 53) y, de otro, impone a la Administración de servir con objetividad los <<intereses generales>> (art. 103), expresión que hace referencia a las tareas que la Constitución atribuye al Estado. La cuestión, pues, de determinar cuándo una actividad profesional debe ser privada y, por tanto, garantizada como tal por la Constitución, y cuándo puede ser asumida por el Estado, es un problema de orden constitucional. Pero este problema no se plantea en términos absolutos, porque entre las tareas estatales y las actividades propias de los particulares no hay una ruptura radical, sino un campo de gradaciones. No es un problema de <<si>> o <<no>>, sino, como han señalado la jurisprudencia y la doctrina, un problema <<como>>, de qué <<manera>>, un problema de <<medida>>. La Constitución prevé, de una parte, la <<regulación>> por ley del ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36) y, de otra, establece un conjunto de tareas públicas en términos tan amplios que permite al legislador graduar la acción del Estado siempre que se respeten las libertades que ella misma garantiza*” MORENO, Fernando Sainz. *El Ejercicio Privado De Funciones Públicas*. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1782.

<sup>598</sup> No Código de Procedimento Administrativo Português, o art. 157.º/2 veda a delegação de poderes públicos de autoridades a particulares. Conforme Pedro Gonçalves, “a delegação de poderes públicos dessa natureza se encontra imediatamente inviabilizada pelo monopólio estadual do emprego da força; além disso, uma tal delegação poderia ainda atentar frontalmente contra a regra segundo a qual o exercício de poderes públicos deve estar confiado a entidades que se encontrem exclusivamente ao serviço do interesse público.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 960.

<sup>599</sup> Conforme afirma Pedro Gonçalves, “qualquer ato de uma autoridade pública praticado ao abrigo de um poder público de autoridade que reúna os elementos constitutivos do conceito representa-se como ato administrativo; o emprego da forma ato administrativo não se encontra por conseguinte sob reserva de lei”. GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 647.

feriando, portanto, o princípio republicano e democrático.<sup>600</sup> O emprego da força integra o núcleo duro intangível da regra do exercício dos poderes públicos por entidades colocadas exclusivamente ao serviço de interesse público.

As funções de soberania também consistem em limites absolutos à delegação. Não se pode delegar, por exemplo, a função legislativa ou judicial. Por isso não é possível haver uma delegação global do sistema prisional, por exemplo, diferentemente do que acontece nos países do *Common Law*.

Paulo Otero coloca as funções públicas típicas de soberania como um dos três limites gerais à privatização.<sup>601</sup> Para o autor, as funções típicas de soberania são a defesa nacional, a segurança e administração internas, a justiça e os negócios estrangeiros, os quais insuscetíveis de qualquer fenómeno privatizador. Isso porque as autoridades públicas teriam a reserva, resultante diretamente da Constituição, do exercício de poderes de soberania com carácter permanente. Portanto, estaria vedado qualquer forma de privatização nessa área, vez que haveria uma exigência da forma jurídico-pública de organização para o exercício permanente da autoridade.<sup>602</sup>

Nesse sentido, o autor português entende que o exercício de poderes típicos de soberania ou o núcleo essencial das prerrogativas de autoridade devem, obrigatoriamente, serem regidos pelo Direito Público. De outra forma, não é possível, sob a perspectiva jurídica,

---

<sup>600</sup> Há uma doutrina minoritária que entende que é possível essa delegação do uso da força, pois não estar-se-ia transferindo ao particular o uso da força, mas trazendo o particular para dentro da administração pública para exercer a força. Capitaneada por um americano, Jody Freeman defende ainda a possibilidade de uma ampla delegação das funções públicas a particulares, com base na liberdade de conformação legislativa. GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 960.

<sup>601</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 53. Os outros dois limites, gerais para o autor, seria a cláusula constitucional de bem-estar e a exigência de lei ou Constituição que habilite o processo privatizador. Assim, ele afirma que “em segundo lugar, a cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado Social, inerente ao actual modelo de Estado e cuja implantação está também confiada pela Constituição à Administração Pública, enquanto tarefa fundamental ou incumbência prioritária do Estado, determina que, sem prejuízo da possível concorrência da iniciativa privada na satisfação de alguns de tais interesses, exista um conjunto de áreas de intervenção da Administração Pública que são, por definição, insusceptíveis de privatização integral, verificando-se que deparamos aqui com tarefas impostas pela Constituição a cargo do Estado em termos de lhe criarem uma responsabilidade directa pela respectiva execução ou satisfação: a educação, a saúde, a segurança social são alguns desses exemplos ilustrativos; (...) Em terceiro lugar, o princípio da juridicidade determina que exista sempre uma norma da Constituição ou da lei que habilite qualquer um dos processos privatizadores da Administração Pública, circunstância esta cuja ausência envolve um limite à privatização sem expressa habilitação constitucional ou legal não poderá ser desencadeada nenhuma forma de privatização.” p. 53-54.

<sup>602</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 55-56.

a sua submissão ao direito privado. Isso inclui, ainda, as relações laborais, vez que estas estariam excluídas da garantia institucional “inerente ao exercício da função administrativa” e, por conseguinte, “proibição de uma integral privatização dos vínculos laborais que envolvem o exercício de poderes típicos de soberania ou o núcleo essencial das prerrogativas das autoridades que o exercício de certas autoridades administrativas pressupõe”<sup>603</sup>

Os limites relativos são o juízo prévio e a ponderação. Na Constituição alemã, o art. 33, inc. IV, dispõe que “o exercício, com caráter permanente, de competências públicas deverá em regra ser confiado a funcionários dos serviços públicos sujeitos a uma relação jurídica pública de serviço e de lealdade.” Há aqui o estabelecimento de uma regra de primazia a favor das normas públicas de organização em detrimento das privadas, a qual admite implicitamente a delegação de funções públicas a particulares.

Na dogmática do ordenamento jurídico brasileiro, não há dispositivo semelhante, mas podemos afirmar, a partir da sua interpretação, que a delegação tem como limite (relativo) o juízo prévio e a ponderação.

O juízo prévio vai depender de uma especial justificação e de uma fundamentação objetiva, de forma a demonstrar a viabilidade da delegação, como um meio adequado, necessário e proporcional para concretizar a finalidade pública. Isso porque os atos e contratos tem o dever de motivação,<sup>604</sup> principalmente em questões que envolvem direitos fundamentais e a delegação de tarefas a particulares. O dever de motivação dos atos administrativos é considerado um princípio implícito do ordenamento constitucional,<sup>605</sup> através de uma

---

<sup>603</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 56.

<sup>604</sup> *Prima facie*, motivo e motivação não se confundem. O motivo consiste nos pressupostos (evento) jurídicos e fáticos justificadores do ato administrativo; a motivação, na exteriorização, explanação, positivação dos motivos, assim como a “discriminação ordenada dos interesses determinantes para sua expedição”. A inexistência da motivação ou dos fatos justificadores do ato ocasiona a invalidade do ato normativo por vício no motivo, ao atingir diretamente o conteúdo; enquanto os motivos inadequados juridicamente, incongruentes e/ou incorretamente qualificados ocasiona vício na motivação, atingindo a finalidade ou a causa. Ver FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 182.

<sup>605</sup> Vladimir da Rocha França entende que pelo fundamento constitucional da cidadania, ao cidadão é assegurado o direito de ter conhecimento dos motivos que levaram a autoridade a tomar a decisão e possa compreender as razões da vontade administrativa e, caso haja necessidade, contradita-las. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 100. O autor acrescenta, “a atividade administrativa existe para ar conreção aos interesses públicos previstos na Constituição, impondo-se aos titulares das competências administrativas a tarefa de expedir e materializar decisões coerentes como os parâmetros axiológicos e teleológicos determinados pela Lei Maior”. p. 100 e ss. E o autor questiona: “se o ordenamento jurídico exige que as impugnações judiciais e administrativas sejam fundamentadas, por que não deveriam sê-lo as decisões passíveis de impugnação?”. p. 103.

Juarez de Freitas afirma que “a motivação é o escudo do cidadão contra arbitrariedade e desvios invertebrados”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São

interpretação sistemática<sup>606</sup> e teleológica. Ou seja, a motivação é entendida como um princípio constitucional decorrente do princípio republicano, democrático e participativo. Apesar de estar implícito no ordenamento constitucional, esse princípio foi positivado na Lei 9.784/99<sup>607</sup>, em seu artigo 2º, parágrafo único, inc. VII,<sup>608</sup> como a necessidade de o ato administrativo indicar os pressupostos de fato e de direito justificadores da decisão. No artigo 50, a Lei estabelece, além dos requisitos a serem observados<sup>609</sup>, um extenso rol de atos de motivação obrigatória<sup>610</sup>, o qual, entre outras hipóteses, sempre que o ato negar, limitar ou afetar direitos e interesses. Observe que o legislador se preocupou em dispor não só direito, mas quando houver interesses prejudicados (sentido amplo) há a necessidade de motivação do ato administrativo.

Na Lei nº 11.079/04,<sup>611</sup> que rege a Parceria Público Privada, o art. 4º, inc. VII,<sup>612</sup> prevê como diretriz de contratação a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria. Inclusive, desde já, no procedimento licitatório, faz-se necessário que este procedimento competitivo isonômico esteja condicionado à “autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de PPP” (art.

---

Paulo: Malheiros, 2009. p. 50. Conforme ensina o autor, o dever de motivação pela autoridade “se dá em face da totalidade das diretrizes supremas enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública”. p. 55.

<sup>606</sup> Sobre a interpretação sistemática, ver: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>607</sup> Apesar de entendermos esta lei como de abrangência federal, defendemos que em alguns aspectos ela é uma lei nacional, tal como seus dispositivos acerca dos princípios administrativos, devendo ser observada por todos os entes da federação.

<sup>608</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;”

<sup>609</sup> “art. 50: (...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

<sup>610</sup> “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

<sup>611</sup> “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.”

<sup>612</sup> “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.”

10, I, “a”).<sup>613</sup> E, inclusive, a minuta do edital e o contrato devem ser submetidos à consulta pública, que deverá informar a justificativa da contratação (art. 10, VI).<sup>614</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, com a adoção da República como forma de governo, o poder decorre do povo (artigo 1º, parágrafo único, da CF/88) e, por isso, é necessário aos agentes públicos – representantes do povo (sentido lato) – justificar (motivar) o exercício da sua função, seja na sua realização de forma direta seja com o objetivo de delega-la para realiza-la de forma indireta, especialmente quando o ato em questão implicar consequências na esfera dos direitos fundamentais, tal como a busca pela sua concretização<sup>615</sup>. A motivação pode ser entendida, pois, como decorrência da própria legitimidade: se esta busca a justificação da força/poder estatal, através da ordem jurídica, perante os cidadãos, a motivação nada mais é que a instrumentalização positiva do exercício do poder.

Conforme França<sup>616</sup>, os elementos proposicionais da motivação são: a) o fato jurídico administrativo; b) a demonstração das normas jurídicas ensejadoras do ato administrativo; c) a relação entre as normas demonstradas no item “b” como aptas a validar o ato administrativo; d) a demonstração da relação de proporcionalidade/razoabilidade (pressuposto lógico) entre o motivo do ato e seu conteúdo, diante da finalidade.

Nesse sentido, para a validação do ato é necessária uma motivação suficiente, a qual abrange a “efetiva referência às circunstâncias do caso concreto”<sup>617</sup> (*princípio da realidade*).<sup>618</sup>

<sup>613</sup> “Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

(...)”

<sup>614</sup> “Art. 10. (...)

(...) ”

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e”

<sup>615</sup> Juarez de Freitas ensina, de forma acertada, que “o poder existe para os direitos fundamentais (...). nessa época marcada por agudas transformações de parâmetros e conceitos, o reconhecimento do peso decisivo dos direitos fundamentais acarreta a intensificação da cobrança do dever de bem motivar”. FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 57. Ver também: FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 104-111 e p. 418-421.

<sup>616</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 97.

<sup>617</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 129.

<sup>618</sup> Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da realidade, assim como o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, atua como balizador da discrecionalidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discrecionalidade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 56. O autor entende que, em vista desse princípio (da realidade), o direito



Conforme a Lei 9.784/99, a motivação deve ser “explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas”, os quais passarão a integrar o ato (art. 50, §1º). Isso implica o entendimento de que não há motivação implícita. É necessária, para o ato ser considerado válido, a explanação em enunciados dos pressupostos de fato e de direito justificadores do ato perante o ordenamento jurídico. Quanto à congruência, diz respeito à necessidade de uma análise lógica (racionalidade) entre as premissas fundantes do ato e seu conteúdo<sup>619</sup>.

A motivação condiciona-se, pois, tanto à norma jurídica justificadora do ato quanto ao fato jurídico para adquirir a sua validade. O fato jurídico assume considerável relevância, pois é indispensável à validade da norma (*princípio da realidade*), sendo passível de controle judicial e administrativo. Por exemplo, quando abordamos a privatização do sistema prisional, o modelo atual de prestação direta pelo Estado é calamitoso, um verdadeiro “inferno na terra com seres vivos.” A busca por soluções alternativas e outros modelos de gestão têm nesta realidade a motivação fática a justificar o ato delegatório, além de outras realidades observadas em cada caso concreto, como a diminuição de custos do Estado agregado a uma maior eficiência.

Podemos entender a motivação como uma decorrência necessária da administração pluralista e dialógica – superando a administração monológica e hierárquica e adversarial – e corolária do direito fundamental à boa administração, a qual busca amparar as expectativas legítimas e garantir um ambiente seguro e confiável aos cidadãos e à sociedade.<sup>620</sup> E, ao tutelar o princípio da isonomia e impessoalidade, obriga a autoridade a demonstrar a sua imparcialidade na justificação do interesse público atendido, com a ponderação dos interesses em jogo.<sup>621</sup>

---

volta-se à disciplina da conveniência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros (...) são todos fatos que regularmente ocorrem ou podem ocorrer na natureza física ou convivencial.” p. 52.

<sup>619</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 130-131. O autor, citando Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, entende, de forma acertada, que a motivação deve observar os princípios da congruência (relação premissa/consequência – a decisão deve estar em harmonia com a fundamentação) e da presunção racional do julgador (a decisão deve refletir a convicção do julgador, mas apta a convencer terceiros.). p. 132.

<sup>620</sup> Ver FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60 e ss. O autor afirma, ainda, que “quer-se a fundamentação que não se revele paralisadora de outras angulações, sob pena de supressão do processo dialógico”. p. 56.

<sup>621</sup> Ver FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104 e ss.

A ponderação tem de ocorrer em razão de o meio escolhido ser o mais eficiente ou não para atingir a sua finalidade. Ou seja, deve ser buscado o ponto ótimo (ponderação entre os custos e benefícios envolvidos) e o atendimento ao interesse público. Não se está negociando o interesse público, mas apenas o melhor meio, o meio mais eficaz, para atingi-lo.

Por isso, a obrigatoriedade de observar o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, sob pena de produzir um ato administrativo normativo inválido. Assim, é necessária a observação dos seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma medida só pode ser considerada adequada (elemento da adequação) se ela puder alcançar de forma eficaz o fim pretendido. A adequação diz respeito à correspondência dos pressupostos dos motivos e a natureza jurídica da categoria do ato administrativo<sup>622</sup>. Ou seja, examina-se a pertinência do motivo com o ato emanado. Humberto Ávila<sup>623</sup> afirma que para se considerar uma medida adequada é preciso realizar uma análise acerca dos meios disponíveis e dos fins pretendidos, em seu aspecto (quantitativo), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza).

O elemento da necessidade pressupõe a adequação e acrescenta que, apesar de a medida ter de atingir de forma eficaz o fim pretendido, ela deve ser a menos restritiva aos direitos fundamentais, sobretudo a liberdade. Surge, assim, a questão das soluções alternativas: dentre as diversas soluções possíveis de serem adotadas, deve-se buscar a mais suave às liberdades dos particulares, através de duas etapas de investigação: 1º) *o exame da igualdade da adequação dos fins*, no qual se verifica “se os meios alternativos promovem os mesmos fins”; e 2º) *o exame do meio menos restritivo*, “se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.”<sup>624</sup>

Nesse elemento, há o exame entre os motivos e o objeto do ato: avalia-se se os pressupostos do motivo justificam o conteúdo do ato praticado.<sup>625</sup> Ou seja, na necessidade não

<sup>622</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 68.

<sup>623</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165-166. Para o autor, “em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativo, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”. p. 166.

<sup>624</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 170.

<sup>625</sup> Ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 68. Assim, o autor afirma que “na adequabilidade examina-se a pertinência categorial dos motivos com todo o ato; na compatibilidade (necessidade), a relação específica dos motivos com o objeto do ato”. E complementa, “a incompatibilidade dos motivos com o objeto constituir-se-á um vício de finalidade, por grave imprevisão em face do interesse público”. p. 69.

se auferir se os motivos existem, se são insuficientes e/ou adequados nem, ainda, se o objeto é apto a atender o interesse público; mas, sim, a relação entre o motivo e o conteúdo jurídico do ato administrativo. E assim que as razões de sua existência não puderem mais ser justificadas, tanto em seu aspecto temporal quanto material, a medida deve ser anulada.<sup>626</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito (ou proibição do excesso) deve buscar a relação específica entre o meio e o fim, a ponderação dos bens e dos interesses e a repercussão do ato administrativo para os direitos fundamentais.<sup>627</sup> Não basta a medida ser eficaz e a mais suave na concretização do interesse público, ela deve ser “justificada” em relação ao interesse público almejado (“valer a pena”).<sup>628</sup>

#### 4.3 O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO E A FUNÇÃO PÚBLICA EXERCIDA POR PARTICULARES

No presente momento, cabe discutirmos se a delegação de atividades públicas a entidades privadas – caracterizadas como privatização e/ou terceirização,<sup>629</sup> a depender do conceito adotado – fere o princípio do concurso público, insculpido no art. 37, inc. I e II, da Constituição Federal de 1988. *In verbis*, estas normas preveem que

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

<sup>626</sup> STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154.

<sup>627</sup> Ver FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179.

<sup>628</sup> Diogo de Figueiredo de Moreira Neto, no mesmo sentido, afirma que “embora existentes, suficientes e adequados ao fato e ao direito que lhes serve de pressuposto, os motivos podem não guardar congruência com o objeto do ato, de modo tal que os resultados acabarão sendo, irrazoavelmente, divergentes dos que deveriam, em tese, atender a sua finalidade.”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 67.

<sup>629</sup> Dora Maria de Oliveira Ramos ensina que o termo terceirização pode ensejar uma interpretação restrita ou alargada. No primeiro sentido, “terceirizar é transferir a outrem a execução material de uma determinada atividade, que pode ou não se confundir com a atividade-fim do ente delegante, mas que, muitas vezes, está associada à sua atividade- meio (...) Num contexto alargado fala-se em terceirização para designar todas as formas pelas quais a Administração insere um ator privado na consecução de atividades públicas, aqui compreendendo as concessões de serviço público e as transferências a organizações sociais de atividades típicas de serviço público. Nesse conceito mais largo, além da execução material da atividade, o particular recebe poderes de gestor operacional, com alguma capacidade decisória, preservada ao Estado a gestão estratégica do serviço. O credenciamento de agentes privados para realização de vistorias veiculares insere-se nesse contexto mais amplo do termo” RAMOS, Dora Maria de Oliveira. A terceirização em matéria de poder de polícia: o caso das vistorias veiculares. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sílvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 569.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

Com a Constituição Federal de 1988, a regra da contratação de servidores públicos passa a ser a nomeação após aprovação por concurso público, conforme o delineado no artigo 37, inciso II da CF/88,<sup>630</sup> bem como da jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores. Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 231, “*O critério do mérito aferível por concurso público .. é, .., indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira.*” Inclusive, recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a Sumula Vinculante nº 43, com a seguinte normativa

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.<sup>631</sup>

<sup>630</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;”

<sup>631</sup> O Supremo Tribunal Federal tem vasta jurisprudência sobre a importância do concurso pública e sua imprescindibilidade para o ingresso e provimento em cargo público. *Verbi gratia*, há exigência de concurso público para ingresso, remoção e permuta em serventias extrajudiciais. “DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVALIDAÇÃO DE PERMUTAS E REMOÇÕES ENVOLVENDO TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE JÁ RECONHECIDA. 1. Com o advento da Constituição de 1988, o concurso público é inafastável tanto para o ingresso nas serventias extrajudiciais quanto para a remoção e para a permuta (dupla remoção simultânea). Precedentes. 2. Reconhecida a ilegitimidade do ato, não é lícito que o agravante permaneça como titular da serventia para a qual se removeu por permuta. 3. A nulidade declarada é apenas da remoção/permuta ilegítima, de modo que a parte interessada pode requerer, nas vias ordinárias, o que entender de direito. 4. Agravo a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. MS nº 32.123 AgR. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 24 fev. 2017. Publicação em 14 mar. 2017)”; A Corte máxima entendeu pela impossibilidade de manutenção de servidores admitidos sem prévio concurso público após o advento da atual Constituição. “Percebe-se que, como assentado pelo Tribunal de origem, a pretensão dos recorrentes viola o disposto no art. 37, II, da CF/1988. Com efeito, não há possibilidade de servidor admitido para exercício de cargo temporário ser efetivado em cargo permanente em razão da natureza jurídica das funções que exerce. 6. Esse tem sido o entendimento desta Corte que, diante de circunstâncias diversas relativas à violação ao art. 37, II, assentou: (i) a vedação de provimento derivado (Súmula Vinculante 43); (ii) a manutenção de servidores/empregados públicos admitidos sem prévio concurso (...); (iii) a impossibilidade de o passar do tempo sanar situações irregulares, rechaçando a tese do fato consumado (...); (iv) a impossibilidade de transmutação do regime de cargo temporário para cargo efetivo. 7. A razão de decidir em todos esses casos é a mesma: impossibilidade de manutenção de servidores admitidos sem prévio concurso público após o advento da atual Constituição. Desse entendimento não divergiu o acórdão recorrido, sendo inviável o provimento da pretensão

O inc. II do art. 37 da CF/88 ressalva apenas as nomeações para o cargo (ou função) em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, inc. V, da CF/88)<sup>632</sup>.

O concurso público é procedimento (*conjunto de atos concatenados*) com o objetivo de escolher melhor candidato para integrar os quadros da Administração Pública, a partir de critérios previamente estabelecidos, de forma isonômica, com critério estabelecidos na norma constitucional e/ou legal. Ou seja, o concurso público é um processo seletivo necessário para a escolha do cidadão que pretende ingressar nos quadros do serviço público, de forma permanente.

Hely Lopes Meirelles<sup>633</sup> ensina que o instituto do concurso público é

O meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

---

recursal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. ARE nº 800.998 AgR. Voto do Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 19 abr. 2016. Publicação em: 4 maio 2016); entendeu pela inconstitucionalidade de investidura em cargo por meio de transferência de servidores: “(...) as normas impugnadas autorizam a transposição de servidores do Sistema Financeiro Bandern e do Banco de Desenvolvimento do Rio Grande do Norte S.A. (BDRN) para órgãos ou entidades da Administração direta, autárquica e fundacional do mesmo Estado (...). 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inconstitucionalidade das normas que permitem a investidura em cargos ou empregos públicos diversos daqueles para os quais se prestou concurso. (...) 5. Vale ressaltar que os dispositivos impugnados não se enquadram na exceção à regra do concurso público, visto que não tratam de provimento de cargos em comissão, nem contratação por tempo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público. 6. Portanto, a transferência de servidores para cargos diferentes daqueles nos quais ingressaram através de concurso público demonstra clara afronta ao postulado constitucional do concurso público. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.552. Voto do Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 17 mar. 2016. Publicação em: 14 abr. 2016); bem como pela violação da ordem constitucional a investidura resultante da transformação ou transposição de cargos e funções públicas: “(...) o acórdão reclamado não ofendeu o disposto nas Súmulas Vinculantes 37 e 43, visto que não aumentou salário com base, exclusivamente, em argumento de isonomia salarial, e também não incorreu em transposição de cargo público. (...) Destarte, verifica-se que a decisão hostilizada limitou-se a deferir o pagamento de diferenças salariais advindas “da inobservância do piso salarial previsto na Lei 11.738/2008 no período contratual imprescrito havido até dezembro/2009 e no Plano de Carreira do Magistério (Lei municipal 144/2009) no período contratual posterior”. Assim, verifico que falta aderência entre o objeto do ato reclamado e o enunciado das súmulas vinculantes que se reputam violadas, o que é requisito de admissibilidade da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. (...) Nesse contexto, impende consignar que o agravo revela-se manifestamente improcedente, notadamente em função da reiterada rejeição dos argumentos repetidamente expendidos pela parte nas suas manifestações anteriores. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rcl nº 24.185 ED-AgR. Voto do Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 20 abr. 2017. Publicação em: 11 maio 2017).”

<sup>632</sup> “Art. 37. (...)

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”

<sup>633</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 505.

Márcio Cammarosano,<sup>634</sup> por sua vez, ensina que através do concurso público é possível obter a concorrência e a igualdade<sup>635</sup> de oportunidade para aqueles interessados em ser titulares de cargos ou empregos públicos. Carolina Zancaner Zockun<sup>636</sup> acrescenta ao princípio do concurso público a necessidade de prevalência do princípio da moralidade<sup>637</sup> e isonomia. Isso porque antes da Constituição Federal de 1988, o concurso público era exigido apenas para a primeira investidura em cargo público.<sup>638</sup> Após a primeira investidura, o servidor público

<sup>634</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de Cargos Públicos no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: RT, 1984. p. 82.

<sup>635</sup> Sobre igualdade, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993; e DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. **Revista Forense Comemorativa - 100 anos: Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, v. 1, 2005. p. 231-254.

<sup>636</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 118.

<sup>637</sup> A Ministra Carmem Lúcia afirma que “o fortalecimento da moralidade administrativa como princípio jurídico deu-se, pois, com a aceitação da ideia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo padrões normativos de justiça e de justiça, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade.

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma ‘razão de Estado’. Na perspectiva democrática, o Direito de que se cuida é o Direito legitimamente elaborado pelo próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes. A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 191. No Recurso Extraordinário nº 803.297/RS (Informativo 853 – STF), o Ministro Relator Celso de Mello afirmou que “Nesse contexto, vale referir que o princípio da moralidade administrativa (que tem, na Lei nº 8.429/92 poderosíssimo instrumento de sua concretização, na medida em que legitima a punição do “improbus administrator”), qualifica-se como valor constitucional impregnado de substrato ético, erigido à condição de vetor fundamental que rege as atividades do Poder Público, como resulta da proclamação inscrita no art. 37, “caput”, da Constituição da República. É preciso ressaltar, neste ponto, que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da probidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos em que se funda a ordem positiva do Estado. É por essa razão que o princípio constitucional da probidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais. Na realidade, e especialmente a partir da Constituição promulgada em 1988, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos, que, fundados, ou não, em competência discricionária, tenham emanado de autoridades ou órgãos do Poder Público.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 803.297/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 6 mar. 2017. Publicação em: 10 mar. 2017).

<sup>638</sup> A Constituição Federal de 1967, com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, dispunha da seguinte forma: “Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.”

De certa forma, a sociedade brasileira, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a considerar esta hipótese prevista na Constituição Federal de 1969 de arbitrária, tal como ensinado por San Tiago Dantas: “Geralmente esse problema se apresenta a propósito das chamadas leis especiais. O Poder Legislativo resolve criar para um gênero de casos, ou mesmo para casos concretos determinados, uma norma especial, diferente da que rege

poderia mudar de cargo público, sem a prévia aprovação em concurso, tal como a situação de servidores que ingressavam em cargos técnicos e, após a formação em curso jurídico, eram nomeados juízes, auditores, promotores etc. Essa situação permitiu nomeações “ao bel-prazer do administrador, o que gerava toda a sorte de favorecimento, apadrinhamentos e ‘cabides de emprego.’”<sup>639</sup> Por isso, Carolina Zancaner Zockun<sup>640</sup> afirma que

O princípio do concurso público visou à extinção das mais variadas formas de apadrinhamento, pois a Constituição de 1988, ao modificar a sistemática anterior existente, passou a exigir o concurso também para o ingresso em cargos públicos, e não apenas para cargos em provimento efetivo, consoante o art. 97, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969.

Em virtude disto, Régis Fernandes de Oliveira<sup>641</sup> entende que “o concurso público é a única porta democrática para permitir o acesso de todos aos cargos públicos.” E, no mesmo sentido, Romeu Bacellar Filho<sup>642</sup> afirma que

Se o concurso público não é, segundo pensam alguns, a melhor forma de recrutamento de pessoal para a Administração Pública, representa seguramente, a melhor opção até agora concebida, possibilitando seu democrático procedimento, a todos que reúnam as condições exigidas ampla participação na competição.

Em virtude disto, discute-se se a privatização/terceirização, no sentido de transferir a particulares a função pública, seria constitucional ou se haveria uma fuga inconstitucional do Direito Administrativo, em específico na não necessidade de realização do concurso público, obrigatório para o provimento em cargos e empregos públicos. Ou seja, questiona-se se o princípio do concurso público seria um limite à transferência de funções públicas a particulares.

Carolina Zancaner Zockun faz uma interessante distinção.<sup>643</sup> Para a autora é necessário dividir as atividades administrativas em permanentes ou temporárias e interna ou externa: as

---

os casos gerais. Essa diferenciação, muitas vezes se justifica e satisfaz a consciência jurídica. Outras vezes, porém, sentimos que é arbitrária, e que os princípios do direito se insurgem contra o seu reconhecimento e aplicação. Daí, duas questões se originam: 1.ª, qual o critério técnico - jurídico que nos permite distinguir a lei arbitrária da lei especial justificada? 2.ª, admitindo que exista tal critério, pode ele funcionar praticamente, autorizando o Poder Judiciário a recusar aplicação à lei arbitrária?” DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. **Revista Forense Comemorativa - 100 anos: Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, v. 1, 2005. p. 240.

<sup>639</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 117.

<sup>640</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 116.

<sup>641</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores Públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 46.

<sup>642</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Concurso Público e o Processo Administrativo. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 73.

<sup>643</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.

atividades permanentes e temporárias se diferenciam vez que aquelas servem para a própria sobrevivência da Administração Pública, para a prestação das suas atividades, sendo ela a prestadora e beneficiária do serviço. Já as atividades internas são aquelas inseridas “no círculo de atribuições da Administração, ou seja, aquela relacionada à existência dos entes públicos”.<sup>644</sup> Dessa forma, no entendimento da autora, apenas as atividades (i) permanentes e internas não poderiam ser terceirizáveis<sup>645</sup>; todas as demais não teriam esta vedação. Ou seja, as atividades (ii) permanentes e externas, tais como a limpeza pública, manutenção de semáforos, o cultivo de jardinagem das praças, a inserção de radares para fiscalização de velocidade, as (iii) temporárias e internas, tais como a realização de manutenções, consertos, limpezas excepcionais, pinturas episódicas, chaveiro etc; bem como as (iv) externas e temporárias,<sup>646</sup> tal como as contratações temporárias, permitidas pelo art. 37, inc. IX, da CF/88,<sup>647</sup> poderiam ser delegadas à iniciativa privada para a prestação através de uma relação contratual. Zockun faz tal defesa por entender que (a) “não é desejável nem conveniente que pessoas alheias ao aparato administrativo circulem internamente dentro da repartição pública, pouco importando a função que venha desempenhar”; (b) os trabalhadores terceirizados não se submetem à relação hierárquica com a Administração Pública, mas sim com a empresa a qual possuem relação laboral, de modo que “admitir terceirização para atividades permanentes e internas é acolher uma subversão ao princípio hierárquico”.<sup>648</sup>

---

<sup>644</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128-152. Ressalta-se que a autora faz questão de mencionar que não ingressa na sua classificação as atividades de poder de polícia, serviços públicos, fomento e atividade notarial e registral.

<sup>645</sup> Sobre estas atividades, a autora afirma que “esclareça-se que as atividades internas e permanentes da Administração nem serviços são. São atividades a serem desempenhadas com o escopo de atingir finalidade para qual a pessoa existe. São meros instrumentos para a realização dos misteres políticos. Assim, na Administração Pública as atividades permanentes e internas, ainda que não tenham conexão direta com a finalidade pública a ser desempenhada, nada mais são que os meios necessários para que o ambiente administrativo possa funcionar adequadamente, livre de ingerências externas, seja de qual natureza forem. De fato, as atividades de limpeza, ascensoristas, secretárias, digitadores, recepcionistas, telefonistas etc., são instrumentos para a consecução das finalidades públicas.” ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140.

<sup>646</sup> Segundo a autora, “as atividades externas e episódicas, se não coincidirem com atribuições já previstas para atividades da Administração, isto é, se forem algo totalmente novo, de que, a Administração não detenha expertise, convém que sejam prestadas pelo particular, por meio de licitação. p. 146.

<sup>647</sup> “Art. 37 (...)”

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Sobre contratação temporária, ver o meu trabalho: DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira; BORGES, Raiane Mousinho Fernandes. Contratação temporária: análise de pressupostos e questões controversas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2182, jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13027>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

<sup>648</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 138-139.



Outros autores preferem fazer a distinção entre atividades meio e atividades fins da Administração Pública. José dos Santos Carvalho Filho<sup>649</sup> entende que

Um dos fatores de identificação de legitimidade da contratação consiste na natureza da atividade. Para que seja realmente legítimo, o contrato de serviços tem que ter como objeto atividades-meio, e nunca atividades-fim. Assim, a Administração não pode celebrar contrato de serviços especializados para a função de professor de escolas públicas ou de médico para hospitais. Contratação para esse tipo de atividades estará escamoteando uma admissão funcional indevida. Se determinada atividade se configura como finalística (atividade-fim), ainda que se caracterize como profissional especializado, o Poder Público precisa estruturar-se com quadro funcional próprio, constituído de cargos ou empregos, para cujo acesso será necessária a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como o exige a Constituição (art. 37, inc. II).

Posteriormente, o autor finaliza afirmando que:

A terceirização, portanto, se revelará legítima na medida em que o contrato de serviço tiver por objeto atividade-meio, instrumental e eventual, necessária, enfim, para a consecução dos objetivos institucionais da entidade pública.<sup>650</sup>

Ressalta-se que Carvalho Filho considera as atividades meios como aquelas instrumentais à consecução do objetivo da pessoa jurídica, enquanto a atividade fim corresponderia ao núcleo fundamental, ou seja, “representem as atribuições básicas, assim, consideradas aquelas para as quais a pessoa foi instituída.”<sup>651</sup>

A razão do pensamento do autor consiste na ideia de não se justificar a criação de pessoas jurídicas em que sua finalidade seja transferida a terceiros. Isto seria uma contradição, vez que

Cria-se algo com objetivo predeterminado para execução própria, e, após, traslada-se a execução a outra pessoa. Se o próprio elemento (que é o núcleo central da pessoa)

<sup>649</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Terceirização no setor público: encontro e desencontros. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 76-77.

<sup>650</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Terceirização no setor público: encontro e desencontros. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 77.

<sup>651</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Terceirização no setor público: encontro e desencontros. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 61.

Para Sérgio Pinto Martins, “atividade-meio pode ser entendida como atividade desempenhada pela empresa (e pela administração), que não coincide com seus fins principais. São exemplos de terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc.” MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

desaparece, fica prejudicada a própria pessoa, despida que está agora de seu motivo criador.<sup>652</sup>

Registre-se que Carolina Zockun<sup>653</sup> também entende não ser possível a existência de mais de um regime jurídico para o desempenho da mesma função, vez que a Constituição Federal teria adotado o regime jurídico único.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>654</sup> ensina que

O Tribunal de Contas da União determinou ao Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região que se abstenha de incluir, em concursos públicos, sob sua responsabilidade, cargos relacionados às atividades-meio do órgão e cujas atribuições principais tenham sido objeto de terceirização.

De modo diverso, em reiteradas decisões, aquela Corte de Contas vem julgando irregular a contratação de empresas para prestação de serviços quando as tarefas a serem desenvolvidas integram o elenco das atribuições dos cargos permanentes.

A exemplo, cumpre destacar o julgamento dos processos TC 225.096/93-5, TC 000.384/90-9, entre outros inúmeros, entendendo aquela Corte que, em razão dos Decretos nº 71.236/72 e nº 74.448/74 e Leis nº 6.645/70 e nº 5.845/72, não é possível terceirizar atividades típicas de cargos permanentes.

Eis aí o ponto angular da questão: a definição do que pode ou não ser terceirizado deve ser uma diretriz da política de pessoal, que se inicia na clara determinação da missão da instituição, parametriza suas atividades, reúne-as em cargos, por natureza semelhante. As atividades que a Administração definir para seus cargos não poderão ser terceirizadas; afinal, não se concebe duas pessoas realizando a mesma tarefa, com o mesmo tempo de exercício e com a mesma perfeição técnica vinculadas a regimes jurídicos distintos.

Por outro lado, o que não se deve admitir é que se realize concurso para executar atividades-meio não vinculadas ao estrito fim da entidade – para essas atividades, a terceirização deve ser regra.

Nesse sentido, merece aplausos a referida decisão à medida que, enquanto verdadeiro protetor e fiscalizador das finanças públicas, o Tribunal de Contas contabiliza os pontos favoráveis à terceirização na Administração Pública.

Em outro ensaio, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>655</sup> afirma que

A terceirização no serviço público constitui tema novo e desafiador, exigindo dos que almejam alcançar essa fronteira uma visão integrada da legislação e da jurisprudência, além de um esforço coordenado de diversos segmentos da Administração.

Os caminhos estão abertos e insinuados desde o Decreto-Lei nº 200/67, mas agora fortalecidos e aclarados pela evolução jurisprudencial, constituindo em etapa inexorável de uma longa linha evolutiva que encontrará um perfeito equilíbrio entre o verdadeiro papel do Estado e da iniciativa privada na concretização do interesse público.

<sup>652</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Terceirização no setor público: encontro e desencontros. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 61.

<sup>653</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 120-121.

<sup>654</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Administração Pública – terceirização - atividades-meio. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 8, n. 83, jan. 2008.

<sup>655</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no serviço público. **L&C - Revista de Licitações e Contratos**, v. 3, jan. 2000. p. 15.

De modo parecido Luciano Ferraz<sup>656</sup> alega que a moderna Administração Pública comporta a terceirização das atividades-meio. Conforme o autor,

O TCU mostra-se alinhado a esta tendência, já tendo admitido, inclusive, a contratação de pessoal para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos previstos no plano de cargos e salários do órgão ou entidade jurisdicionado, ao dar provimento a recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero (Decisão nº 885/97, Rel. Min. Carlos Átila Álvares de Silca: Ata n. 53/97 – Plenário), em vista do caráter especializado de que se revestiam as atividades de operador de PABX e telefonista. Entendo que a flexibilização dispensada no precedente citado é bastante salutar e vai ao encontro das diretrizes que norteiam a moderna Administração Pública e dos pilares estatuídos nos §§ 1º e 2º do Dec. nº 2.271/97.<sup>657</sup> Não obstante, devo asseverar que o elastecimento na contratação indireta de serviços públicos na Administração Pública deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancilar. Ressalta-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais, meramente executórios, e não por atos administrativos *stricto sensu*.

Por isso vez, Cristiana Fortini e Flávia Cristina Mendonça Faria di Pieve<sup>658</sup> entendem que a terceirização apenas pode ocorrer sob as atividades-meio. Elas defendem que o uso indiscriminado da terceirização, “a alcançar atividades fins”<sup>659</sup> esbarra na regra constitucional que impõe a obrigatoriedade de realização de concurso público (art. 37, inc. II, da CF/88).<sup>660</sup> Não obstante a vedação à terceirização das atividades-fim, sob pena de violar o princípio do concurso público (art. 37, inc. II, da CF/88) – e a Lei de Responsabilidade Fiscal –, as autoras defendem a presença de outros requisitos, quais sejam: (a) o vínculo jurídico existente é entre

<sup>656</sup> FERRAZ, Luciano. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a terceirização de mão de obra no serviço público. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, abr. 2001. p. 133-134.

<sup>657</sup> “Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

<sup>658</sup> FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria di. As Terceirizações e as Contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 17.

<sup>659</sup> Maurício Godinho Delgado conceitua atividade fim como “atividade nuclear e definidora da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”, enquanto a atividade meio como “atividade meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 489.

<sup>660</sup> FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria di. As Terceirizações e as Contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 18.

a Administração Pública e a empresa contratada, fornecedor da mão de obra; (b) a relação de emprego do trabalhador é com a tomadora de serviço, e não a Administração Pública. Assim, não há subordinação nem pessoalidade (relação de emprego) entre o empregado contratado e a Administração Pública.<sup>661</sup> Para as autoras, “a atuação do preposto como ‘ponte’ entre o chefe e o trabalhador se revelaria absolutamente distanciada da noção de eficiência”; (c) os materiais e equipamentos necessários para a execução das atividades terceirizadas devem ser, em regra, custeados pela fornecedora de mão de obra; e, por fim, (d)

É imprescindível, como regra, que não existam cargos correspondentes às atribuições da mão de obra a ser contratada. Há inúmeras manifestações do TCU nesse sentido. Mas, não se pode desconsiderar que há decisões que relevam tal exigência, como relatado pelo Professor Luciano Ferraz no trecho de sua autoria acima transcrito.<sup>662</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro também teceu duras críticas a esta “flexibilização”. Conforme a autora, os contratos de terceirização de mão-de-obra na Administração Pública favoreceriam a corrupção e a quebra de preceitos constitucionais, como a exigência do concurso público.<sup>663</sup>

Em sentido oposto, Marcos Juruena Villela Souto<sup>664</sup> entende pela

liberdade de escolha do administrador entre terceirizar ou abrir concurso para preenchimento de cargos ou empregos, desde que as atividades terceirizáveis não sejam relacionadas ao poder de império do Estado.

*Data máxima vênia* aos demais pensadores do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, entendemos no mesmo sentido do professor Marcos Juruena Villela Souto.

<sup>661</sup> A Lei nº 8.666/93 dispõe que “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

O Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese (Tema 246), em sede de Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário 760931, “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 760931. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento em: 30 mar. 2017).

<sup>662</sup> FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria di. As Terceirizações e as Contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 17-18

<sup>663</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 234.

<sup>664</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Terceirização na Administração Pública e as cooperativas. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 1, jan. 1998. p. 17.

Isso porque a Constituição Federal Brasileira de 1988 exige a realização de concurso público apenas para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, inc. II, da CF/88).<sup>665</sup> De outro modo, a Constituição da República não exige a aprovação em concurso público para o exercício de função pública – nem pudera! Observa-se que logo no inciso anterior (art. 37, inc. I, da CF/88), há a menção expressa à função pública, com a afirmação de que “os cargos, empregos e *funções públicas* são acessíveis aos brasileiros que preencham os *requisitos estabelecidos em lei*, assim como aos estrangeiros, na forma da lei” (grifo nosso). Ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil afirma expressamente que o exercício da função pública é acessível a qualquer brasileiro, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 37, inc. I). Por outro lado, caso essa função pública componha um cargo ou emprego público, faz-se imprescindível a prévia aprovação em concurso público, de provas ou provas e títulos (art. 37, inc. II).

Mais a frente, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu inciso XXI,<sup>666</sup> ainda do art. 37, que as

Obras, *serviços*, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure *igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, *nos termos da lei* (...) (grifo nosso).

Ora, faz-se imprescindível a confrontação e análise/interpretação<sup>667</sup> em conjunto – e de forma sistêmica<sup>668</sup> – dos incisos II e XXI do art. 37 da Carta Magna brasileira. Primeiramente, é inegável que ambos estão no mesmo patamar hierárquico normativo. Para coadunar ambas as normas, alguns autores defendem que o art. 37, inc. XXI, regulamentado

---

<sup>665</sup> “Art. 37. (...)”

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

<sup>666</sup> “Art. 37. (...)”

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

<sup>667</sup> Sobre a interpretação e aplicação do Direito, ver: GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; e GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>668</sup> Sobre a interpretação sistêmica, ver: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

pela Lei nº 8.666/93<sup>669</sup>, apenas podem ser utilizados para serviços temporários da Administração Pública, vez que a licitação de serviços “permanentes” – e não temporários – seria uma violação ao princípio do concurso público, previsto no art. 37, inc. II, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante a razoabilidade daquela interpretação, não a consideramos a mais correta. O nosso entendimento caminha em sentido diverso em virtude de acreditarmos que é inerente ao regime democrático a liberdade para o administrador agir – no caso, o Chefe do Executivo –, observando os limites jurídicos previamente estabelecidos pelo sistema normativo. A Constituição, em diversos momentos, traz obrigação de cargos públicos para determinadas competências e tarefas, *verbi gratia*, a advocacia pública da união e dos estados.

A Constituição Federal de 1988 delimita os espaços de organização da Administração Pública brasileira. Nela, há a exigência expressa de organização administrativa de determinada forma, como, dito acima, para a advocacia pública no âmbito federal e no âmbito estadual, respectivamente nos artigos 131<sup>670</sup> e 132<sup>671</sup> da CF/88, bem como há os limites absolutos à delegação ao regime privado.

Insta salientar que a organização administrativa é disciplinada por lei de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, “a” e “b”, da CF/88).<sup>672</sup> Cabe ao Chefe do Executivo, a partir do juízo discricionário, elaborar projeto de lei sobre a organização administrativa, a criação de cargos, empregos e função, para ser deliberado pelo parlamento. Caso não haja a obrigação legal para a função pública estar atrelada a determinado cargo ou emprego público, o Chefe do Executivo tem a liberdade para buscar atingir o interesse público da melhor forma

<sup>669</sup> “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

<sup>670</sup> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

<sup>671</sup> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

<sup>672</sup> “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;  
b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;”

que lhe aprovar, atendendo, pois, a exigência prevista pelo art. 37, inc. I, da CF/88 e os limites absolutos e relativos à delegação da função pública aos particulares.

O Chefe do Executivo, tanto na sua atuação administrativa quanto ao iniciar o processo legislativo, deve, inclusive, levar em consideração a situação fática e a disponibilidade financeira do ente federativo.<sup>673</sup> É o caso, por exemplo, entre a decisão de construir um hospital público com especialidade em crianças com câncer. O gestor público do ente federativo pode entender que essa decisão demandaria uma vultuosa quantia financeira, não disponível, bem como a ampliação com gasto com pessoal, de modo a aumentar o “peso financeiro” do poder público. Por outro lado, o interesse público poderia ser melhor atendido, de forma mais eficiente e mais rápida, realizando convênio com um hospital privado, seja do segundo ou terceiro setor, para a atuação específica. Assim, o ente federativo iria demandar uma disponibilidade financeira bem menor, além de poder ampliar o serviço e atender mais rápido a sociedade, sem precisar esperar o trâmite burocrático da construção do bem público e de provimento dos servidores públicos. Não vemos obrigatoriedade jurídica na construção de hospital e, por conseguinte, realização de concurso público para prover médicos, enfermeiros, administradores, contadores, advogados, dentre outras funções imprescindíveis para a gestão diária do hospital. Caso seja de interesse público, analisável no caso concreto, o Chefe do Executivo, em atendimento ao princípio democrático, da eficiência e prossecução do interesse público, poderia, sob a perspectiva jurídica, realizar a descentralização dessa tarefa pública para a iniciativa privada, observado o devido processo legal.<sup>674</sup>

---

<sup>673</sup> A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que as decisões nas esferas administrativa deve levar em consideração as consequências práticas da decisão (art. 20). Logo a seguir, o art. 22 dispõe que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

<sup>674</sup> Com o mesmo raciocínio, Flávio Amaral Garcial questiona “Fato é que o Estado delega diversas atividades-fim por meio de outros contratos sem que esse embate tenha sido travado ou mesmo cogitado. É o caso, por exemplo, das concessões de serviço público regidas pela Lei nº 8.987/95. Por acaso não seria atividade fim do Estado a celebração de contratos envolvendo saneamento, energia, telefonia, rodovia, gás?

Nesses contratos, como se sabe, o Poder Concedente remanesce apenas com a titularidade do serviço, delegando a sua execução ao concessionário. Delega, na maioria dos casos, atividades típicas que envolvem serviços essenciais à coletividade, não se tendo notícias de que aqui, ou em outro país, tenha sido discutida a possibilidade ou não de delegação de uma atividade-fim do Estado. (...)

Também no campo do terceiro setor existem vários formatos contratuais nos quais o Estado delega atividades consideradas finalísticas para as Organizações Sociais e para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSICs) celebrando, respectivamente, contratos de gestão e termos de parceria.

Por meio desses ajustes, o Estado delega atividades, em regra, afetas ao ordenamento social, como hospitais, museus, atividades de proteção a menores, defesa do patrimônio artístico e cultural, além de outras que estariam no campo de suas atribuições.

Dentre desses exemplos que estão no cotidiano dos gestores públicos e dos operadores do Direito Administrativo, é de se indagar a razão pela qual as delegações para particulares – aqui considerada como gênero da qual a terceirização é uma espécie – não sofrem qualquer limitação e apenas o contrato de prestação de serviços se sujeita a um critério que não tem fundamento constitucional e nem legal?” GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da

Hely Lopes Meirelles<sup>675</sup> conceitua que

Os fins da Administração pública consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda comunidade administrativa, ou por uma parte expressiva de seus membros.<sup>676</sup>

Ora, a despeito do conceito indeterminado do interesse público, não podemos o ver dissociado dos direitos fundamentais, de modo que a administração pública tem papel instrumental na concretização daqueles direitos. Isto implica dizer que as atividades-fim seriam aquelas relacionadas à busca pela persecução da materialização, consolidação dos direitos fundamentais, tais como educação, segurança, saúde, moradia, lazer, esporte, dentre outros.

A própria prestação do serviço público é um meio para uma finalidade, qual seja, buscar efetivar um direito fundamental. Se entendêssemos que as atividades-fim não poderiam ser delegadas, ou terceirizadas, deveríamos defender, pois, que os serviços públicos não poderiam ser prestados por particulares, mesmo que sob a orientação e titularidade do Estado. Entretanto, esta não consiste na realidade jurídica da constituição federal brasileira de 1988, cujo art. 175 prevê que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” E ainda: a Constituição Federal brasileira de 1988, em diversos outros momentos, prevê a possibilidade de terceirização dessas matérias/serviços, cujo objetivo é a concretização de um

---

distinção Atividade-fim e Atividade-meio na Terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 24, out./dez. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

<sup>675</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89.

<sup>676</sup> Para Maria Zanella di Pietro, em sentido objetivo, as atividades-fim da administração pública corresponde àquela própria da gestão dos interesses públicos pelo Estado com vistas à proteção e o bem-estar dos administrados. Essas finalidades institucionais, para atender as necessidades da coletividade, estão previstas esparsamente na Constituição Federal abrangendo uma ampla gama de matérias, como saúde, educação e segurança, prestados na forma de fomento, polícia administrativa e serviço público. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 240.



direito fundamental, a própria finalidade do estado, tal como ocorre com o art. 197<sup>677</sup>, art. 216, § 1º<sup>678</sup>, art. 216-A<sup>679</sup>, art. 219-A e art. 219-B<sup>680</sup>.

De forma parecida, Flávio Amaral Garcia<sup>681</sup> faz crítica a essa distinção, afirmando que

inseridas as terceirizações em um conceito mais amplo de delegação, verifica-se que esse critério atividade meio/fim somente serve ao contrato de prestação de serviços (terceirizações). As concessões comuns de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas, os contratos de gestão e os termos de parceria celebrados no âmbito do terceiro setor são exemplos típicos de ajustes nos quais o Estado delega atividades finalísticas, sem que esse critério seja cogitado como impeditivo;

Não há um critério seguro para diferenciar atividade-meio de atividade-fim. Não raro é inviável pretender engessar e separar em campos opostos tais atividades. A atividade empresarial é dinâmica e muitas vezes o processo produtivo se interliga de tal maneira que fica impossível uma separação nítida entre meio e fim. As mutações das técnicas de produção, que decorrem do processo cada vez mais acelerado de evolução tecnológica, mostram a insuficiência do critério como norte seguro para as terceirizações: existem, como nos exemplos fornecidos de trabalho, uma zona cinzenta que cria um indesejável ambiente de insegurança jurídica.

Há um absoluto descompasso entre o critério e o mundo dos fatos. Existem vários contratos nos quais a Administração Pública delega, por meio de terceirizações, determinadas atividades finalísticas e sequer há essa percepção, inclusive pelos órgãos de controle. O critério se encontra distanciado dos fatos sociais e não acompanha as profundas transformações que ocorreram nas relações de trabalho. Existem várias atividades finalísticas da Administração Pública que podem ser objeto de delegação sem que isso vulnere nenhum princípio ou norma do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, concordamos com as ponderações de Flávio Amaral Garcia, e não entendemos plausível a distinção entre atividade meio e atividade fim. Primeiro porque não é

<sup>677</sup> “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

<sup>678</sup> “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

<sup>679</sup> “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.”

<sup>680</sup> “Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.”

<sup>681</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção Atividade-fim e Atividade-meio na Terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 24, out./dez. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

fácil nem simples distinguir atividade-meio de atividade-fim,<sup>682</sup> de modo a gerar insegurança jurídica, bem como prejudicar a busca pela eficiência na prossecução do interesse público, o principal norte e diretriz do gestor público.

Além disto, apesar de algumas atividades meio serem fácil discernir sem maiores discussões, como os serviços de conservação, limpeza, preparo de alimentos etc., o mesmo não ocorre com as atividades-fim. Esta possui uma imprecisão teórica e prática que mais prejudica do que ajuda a ciência jurídica e a boa gestão pública. Flávio Amaral Garcia<sup>683</sup>, ao criticar essa distinção, observa que a criação destes instrumentos de atividade fim e atividade meio não tem qualquer base normativa, seja na Constituição Federal, no Decreto-Lei nº 200/67, na Lei nº 8.666/93, no Código Civil ou na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943). Esse critério foi elaborado e fixado a partir da Justiça do Trabalho, com a edição do Enunciado nº 331 do TST. Entretanto, não cabe à Justiça do Trabalho estabelecer limites à terceirização na seara da Administração Pública, o que implica em flagrante violação do princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88). Além disto, o foco da Justiça do Trabalho recai sobre as pessoas, e não sobre o serviço, o que contraria a essência da terceirização.

Por isso, defendemos que essa divisão não deve ser adotada. Entendemos que a delegabilidade da função pública decorre de uma discricionariedade do gestor,<sup>684</sup> dentro dos limites jurídicos estabelecidos pelo sistema, cujo concurso público não é um deles. Se há tarefas e funções que não podem ser delegadas, por outro lado, as demais não possuem tal vedação. E,

<sup>682</sup> O TCU reconhece essa dificuldade no AC nº 0963-14/14/10-P, de modo que deixou de responsabilizar os gestores da Caixa Econômica Federal, em virtude da dificuldade de estabelecer essa diferenciação na prática.

<sup>683</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção Atividade-fim e Atividade-meio na Terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 24, out./dez. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2019. Segundo o autor, “O Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967 – que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências – já fixava, no § 7º do art. 10, a execução indireta dos serviços como diretriz na gestão dos contratos, com vistas a impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa.

Ali, contudo, não se mencionou como limite à contratação de serviços a natureza da atividade.

Também a Lei nº 8.666/93 – que ao regulamentar o art. 37, XXI, da CF, instituiu normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública – ao fixar o conceito de serviço, não limitou a execução indireta por terceiros apenas às atividades-meio. Aliás, o referido diploma legal, em nenhum dos seus dispositivos, condicionou as terceirizações ao critério atividade-fim.

No âmbito do Direito Privado – que poderia ser invocado supletivamente por força do disposto no art. 54 da Lei nº 8.666/93 – também não se convencionou como limite do contrato civil de prestação de serviços a natureza da sua atividade. É o que se depreende do exame dos arts. 593/609 do Código Civil, que disciplinam acerca da prestação de serviços”.

<sup>684</sup> Celita Oliveira Souza ensina da seguinte forma: “Assim, carece ser ampliada a visão em relação à matéria, pois a execução indireta dos serviços dos órgãos públicos, sejam serviços públicos via concessão e permissão (terceirização em sentido amplo), sejam serviços administrativos e complementares da atividade-fim via terceirização propriamente dita (terceirização em sentido estrito), é uma opção normativa do Estado Brasileiro. SOUZA, Celita Oliveira. **Mudanças na Terceirização**. Brasília: Ideal, 2007. p. 99

no nosso entender, os limites à delegação seriam as tarefas e funções expressamente vedadas por norma constitucional ou infraconstitucional – tal como atividades que demande independência funcional indispensável para a sua fiel execução – e aquelas exclusivas do Estado, especificamente as decorrentes da soberania estatal e as atividades jurídicas (atos de império e de autoridade),<sup>685</sup> ou seja, que incidam diretamente sobre a esfera de direitos dos cidadãos.<sup>686</sup> Nestes casos, exige-se o seu exercício por agente público.

Da mesma forma é o entendimento do Prof. Marcos Juruena Villela Souto,<sup>687</sup> ao afirmar que

Em pronunciamento anteriores, já me manifestei no sentido de que a Administração tanto pode se valer da criação de cargos ou empregos públicos – CF, art. 37, inc. I e II – ou da contratação administrativa de empresas especializadas na prestação de serviços lícitos – CF, art. 37, inc. XXI, Lei nº 8.666/93,<sup>688</sup> art. 6º, inc. II,<sup>689</sup> e Código Civil de 1916, art. 1.216<sup>690</sup>. Ambas as opções têm sede constitucional, não se presumindo, pois burla na opção discricionária, constitucionalmente assegurada ao

<sup>685</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que os atos de polícia “por serem atos de autoridade, não podem ser atribuídos a particulares, em princípio.” Porém, apresenta a seguinte ressalva: “Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 855.

<sup>686</sup> Ressalta-se que não há uniformidade quanto à identificação desse núcleo de atividades estatais que não comportariam delegação. A doutrina discorda em diversos pontos, mas normalmente apresenta como funções exclusivas do Estado, quer envolveriam manejo de autoridade, a legislação, a jurisdição e o exercício do poder de polícia, especificamente quanto à aplicação do uso da força e/ou violência legítima. Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald, acerca dessa discussão, afirmam que “Nem todos os serviços públicos são passíveis de delegação. Alguns deles só podem ser executados diretamente pelo Estado, porque inerentes à sua soberania e à sobrevivência da nação – são principalmente os que dizem respeito à defesa nacional, à segurança e à saúde pública”. WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143.

Floriano de Azevedo Marques Neto apresenta a seguinte classificação dos atos que seriam indelegáveis: “Esse poder (o poder extroverso estatal) coincide com o exercício da autoridade (parcela da soberania estatal) que enseja a prática de atos (jurídicos, normativos ou materiais) aptos a, de forma incontestável, constringer, condicionar ou limitar direitos dos indivíduos” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do direito administrativo**. 2013. Tese. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 628 (concurso para provimento de cargo de Professor Titular). Já Fernando Vernalha Guimarães ensina que o “que se extrai implicitamente da Constituição, fruto do acolhimento do princípio republicano e do cariz democrático do Estado nacional, é a reserva estatal de certas competências envolvidas com o uso da violência e o poder de império, instrumentais à satisfação de valores prezados pelo Estado Democrático de Direito”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Atividades estatais indelegáveis. **Revista de Direito Público e Economia**, Belo Horizonte, a. 11, n. 42, abr./jun. 2013.

<sup>687</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 342.

<sup>688</sup> “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”

<sup>689</sup> “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”

<sup>690</sup> “Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”

Chefe do Poder Executivo no exercício da função de direção superior da Administração Pública.

Em outra oportunidade, o mesmo doutrinador<sup>691</sup> afirmou que

A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado por concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (política, fiscalização, controle, justiça).<sup>692</sup>

Flávio Amaral Garcia acrescenta, àqueles limites delimitados por Marcos Juruena, as carreiras com assento constitucional.<sup>693</sup>

O outro limite à terceirização decorre do princípio da eficiência e motivação. Como a terceirização tem na eficiência a sua diretriz e base, faz-se necessário a demonstração, através da motivação do ato, da vantagem obtida pela Administração Pública com a medida a ser adotada. Esta fundamentação deve se basear em critérios e estudos técnicos e econômicos, e não políticos, com vistas ao melhor atendimento do interesse público.<sup>694</sup>

Ademais, conforme já relatado nos capítulos anteriores, com a evolução do Estado e a ampliação das funções públicas, a Administração Pública, cuja natureza é inerentemente instrumental, passou a descentralizar cada vez mais suas tarefas, para concentrar-se no planejamento, coordenação, supervisão e controle.

Essa ideia está prevista desde o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.<sup>695</sup> O art. 10 deste diploma dispõe que a “execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. A descentralização deve ser posta em prática através de um destes três principais planos (§ 1º): (a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; (b) da Administração Federal

<sup>691</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 331.

<sup>692</sup> Este limite está previsto na Lei nº 11.079/04, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, ao dispor, em seu artigo 4º, inc. III, que “Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; (...)”

<sup>693</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção Atividade-fim e Atividade-meio na Terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 24, out./dez. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

<sup>694</sup> Ver: SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de Serviços pela Administração Pública**: estudo da responsabilidade subsidiária. Brasília: Saraiva, 2014.

<sup>695</sup> “Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.”

para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;  
(c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.  
Posteriormente, o § 7º deste artigo dispõe que

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará *desobrigar-se da realização material de tarefas executivas*, recorrendo, sempre que possível, à *execução indireta*, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (grifo nosso).

Cristiana Fortini e Flávia Pieve<sup>696</sup> afirmam que a redação do art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67<sup>697</sup> reafirma a impossibilidade da transferência à iniciativa privada de execução de atividade-fim da Administração Pública. Contudo, não vemos dessa forma. Em nenhum momento da norma prevista no Decreto, há menção à ideia de atividade-meio e/ou atividade-fim. O Decreto traz como objetivo da Administração Pública a liberação da “realização material de tarefas executivas”, que pode tanto ser uma atividade-meio como uma atividade-fim, a partir dos comentários já realizados acima. Posteriormente, a norma infralegal determina o dever de a administração pública recorrer, “sempre que possível”, à execução indireta, mediante contrato. A execução indireta diz respeito apenas ao fato da realização material das tarefas executivas não ocorrerem através da Administração Pública, mas através da iniciativa privada.

Em 21 de setembro de 2018 foi editado o Decreto nº 9.507,<sup>698</sup> cuja disposição é sobre “a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” (art. 1º). A fundamentação legal deste Decreto é exatamente art. 10, § 7º do Decreto-Lei nº 200/1967, que tem força de lei.<sup>699</sup>

O art. 3º deste Decreto estabelece vedações<sup>700</sup> à terceirização na Administração Pública. Ele estabelece serviços indisponíveis para a execução indireta pela Administração

<sup>696</sup> FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria di. As Terceirizações e as Contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 19.

<sup>697</sup> A possibilidade de terceirização pela Administração Pública também foi prevista pelo Decreto-Lei nº 300/67 e encontra amparo na Lei nº 8.666/93 (art. 2º, 6º, II, 10, 13 e 17), dentre outras normas do ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>698</sup> Em virtude do art. 18 deste Decreto, a entrada em vigor se deu em 21 de janeiro de 2019.

<sup>699</sup> Anteriormente, a matéria estava regulada pelo Decreto nº 2.271/1997, que fica revogado com a entrada em vigor do Decreto nº 9.507/2018.

<sup>700</sup> O art. 5º desse Decreto veda a contratação, por órgão ou entidade de que trata o art. 1º, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com: I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

Pública federal direta, autárquica e fundacional, especificamente: (I) aqueles que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; (II) os que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; (III) os que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e (IV) os que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Ressalta-se a regulamentação do § 1º do art. 3º ao dispor que

Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do *caput* poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Como se observa, este Decreto regulamente “apenas” a execução indireta de serviços da administração pública federal direta e indireta, ou seja, a administração autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União. Por outro lado, este Decreto não se aplica aos estados e municípios.

Interessante a previsão do art. 4º de que

Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União (e não na Administração Direta, autárquica e fundacional), não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.

Tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses: caráter temporário do serviço (I); incremento temporário do volume de serviços (II); atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente (III); ou impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere (IV).

Ora, no caso das empresas públicas e sociedade de economia mista, o Decreto veda a terceirização quando a tarefa a ser executada pela contratada for inerente às competências de cargos integrantes dos Planos de Cargos e Salários da instituição. Por outro lado, excepciona

---

Esta vedação já estava, de certa forma, prevista no art. 9º da Lei nº 8.666/93.

quando o serviço terceirizado for necessário para atender os princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade. Apesar do Decreto permitir a terceirização de forma excepcional para a observância e concretização destes princípios, esta é uma hipótese eventual, e não deve ser a regra da Administração Pública Federal. Por isso, faz-se necessário que o ato administrativo permissivo da terceirização no caso concreto atenda ao princípio do planejamento<sup>701</sup> e da motivação,<sup>702</sup> justificando, tanto sob a perspectiva fática quanto jurídica, o porquê a terceirização atende àqueles princípios.

Apesar do caráter excepcional da terceirização nesta seara, o Decreto prevê hipóteses que reduzem o espaço dessa discricionariedade. Assim, a motivação da Administração Pública, nos casos dos incisos previstos no art. 4º, ainda é necessária, mas deve-se pautar mais no permissivo de atendimento dos incisos, além da justificativa dessas hipóteses atenderem aos princípios explanados no *caput*. O § 1º do art. 4º do Decreto prevê que, nos casos de incremento temporário do volume de serviços e a atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, seja para reduzir o custo ou por ser menos prejudicial ao meio ambiente, as situações podem estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

O § 2º do art. 4º do Decreto<sup>703</sup> prevê que os empregados da contratada apenas podem realizar os serviços decorrentes do contrato. Já o § 3º do art. 4º<sup>704</sup> dispõe que a vedação prevista no *caput* não incide quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção. Aqui percebemos que apesar de haver a vedação de terceirização de serviços quando houver atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, a Administração Pública tem o condão de decidir por extinguir aqueles cargos. Assim, quando determinado cargo estiver em processo de extinção, não há a vedação para a delegação dessas competências ao particular, salvo se houver outra proibição sobre aquela tarefa, como a atividade exclusiva do Estado.

---

<sup>701</sup> Ver art. 174 da CF/88.

<sup>702</sup> Ver art. 2º, parágrafo único, inc. VII, e art. 50, ambos da Lei nº 9.784/99.

<sup>703</sup> “Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

(...)

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.”

<sup>704</sup> “Art. 4º (...)

(...)

§ 3º Não se aplica a vedação do *caput* quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção”

O art. 14 desse Decreto<sup>705</sup> prevê, ainda, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista adotarão os mesmos parâmetros das sociedades privadas que não contrariar seu regime jurídico e o disposto neste Decreto. Apesar do art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal de 1988<sup>706</sup> já trazer essa previsão, ela o faz unicamente para as empresas estatais prestadoras de atividade econômica. O Decreto, por sua vez, abrange também para essas empresas prestadoras de serviço público.

Em atenção ao previsto no art. 37, inc. II, da CF/88, bem como ao previsto na Súmula Vinculante 43, o art. 8º, § 4º,<sup>707</sup> desse Decreto prevê que, caso a Administração Pública pague diretamente ao empregado (em virtude da inadimplência da contratada, conforme previsão no § 2º do art. 8º)<sup>708</sup>, não configura vínculo. E ainda: nesta mesma situação, também não implica responsabilidade do ente público por quaisquer obrigação decorrente da relação entre a contratada e os seus empregados, em atenção ao disposto no art. 71, § 1º,<sup>709</sup> da Lei nº 8.666/93 e ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº

---

<sup>705</sup> “Art. 14. As empresas públicas e as sociedades de economia mista controladas pela União adotarão os mesmos parâmetros das sociedades privadas naquilo que não contrariar seu regime jurídico e o disposto neste Decreto.”

<sup>706</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

<sup>707</sup> “Art. 8º Os contratos de que trata este decreto conterão cláusulas que:

(...)

§ 4º O pagamento das obrigações de que trata o § 2º, caso ocorra, não configura vínculo empregatício ou implica a assunção de responsabilidade por quaisquer obrigações dele decorrentes entre a contratante e os empregados da contratada.”

<sup>708</sup> “Art. 8º (...)

(...)

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º e em não havendo quitação das obrigações por parte da contratada, no prazo de até quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços contratados.”

<sup>709</sup> “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”



16,<sup>710</sup> bem como à repercussão geral (Tema 246), fixada no Recurso Extraordinário nº 760931.<sup>711</sup>

Assim, o pagamento dessas obrigações diretamente aos empregados, caso ocorra, não configura vínculo empregatício ou implica a assunção de responsabilidade por quaisquer obrigações dele decorrentes entre a contratante e os empregados da contratada. Em outras palavras, não é por que a Administração Pública está pagando diretamente aos empregados que exista um vínculo empregatício com eles. Continuam sendo funcionários da empresa contratada pela Administração Pública.

Por fim, entendemos que a limitação à terceirização na administração pública é a vedação através de normativa constitucional e infraconstitucional, bem como as tarefas exclusivas do Estado, os quais não podem ser delegadas. Não obstante a reserva normativa para o Estado prestar diretamente determinada atividade, a obrigação/dever jurídico de o Estado primar por determinada finalidade, como saúde, educação, segurança, dentre outros, não significa que o Estado deva, obrigatoriamente, atuar nesta atividade de forma direta. O papel do Estado é a busca pela concretização do interesse público. A forma/meio/instrumento utilizado para tanto decorre da discricionariedade da Administração Pública. A própria Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 175, a possibilidade da prestação indireta de

---

<sup>710</sup> Ementa: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC nº 16/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 24 nov. 2010. Publicação em: 09 set. 2011).

<sup>711</sup> Antes havia discussão em virtude de o Tribunal Superior do Trabalho, em contradição à previsão legal do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, editou a Súmula 331, acerca da terceirização e a responsabilização das empresas tomadoras e prestadoras de serviço, inclusive a Administração Pública. Vejamos: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

serviços públicos, através do contrato administrativo, sempre precedido de licitação. *In verbis*: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (art. 175, CF/88).

## PARTE II – UMA ANÁLISE DA PRIVATIZAÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA

### 5 A ESTRUTURA JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA

#### 5.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA SEGURANÇA PÚBLICA

A nossa tese tem por objetivo analisar a “privatização” da segurança pública, especificamente a utilização de formas privadas pela Administração Pública na atividade da segurança pública, bem como a utilização de particulares no contributo da melhoria da segurança pública na sociedade. Assim, faz-se imprescindível entendermos o conceito de segurança pública.

Inicialmente, não há um conceito fechado acerca da segurança pública. A palavra “segurança” etimologicamente significa “*ocupar-se de si mesmo*” (se + cura).<sup>712</sup> No latim, a palavra “segurança” significa “sem preocupações”. O dicionário<sup>713</sup> Michaelis define “segurança” como “*ato ou efeito de segurar; segurança*”; “*Estado de que se acha seguro ou firme; estabilidade, solidez*”; “*Condição marcada por uma sensação de paz e tranquilidade*”; “*condição ou estado do que está livre de danos ou riscos*”. Segundo o dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, segurança é um “*estado, qualidade ou condição de quem ou do que está livre de perigos, incertezas, assegurado de danos e riscos eventuais; situação em que nada há a temer*.”<sup>714</sup> Assim, segurança tem o sentido de manter a tranquilidade, garantir a paz, livre de perigos e riscos, de incertezas, assegurado de danos e riscos.

Já a qualidade “pública”, adjetivada ao substantivo segurança, deriva da palavra *publicus* em latim, cujo significado é “relativo, pertencente ou destinado ao povo, à coletividade.”<sup>715</sup> Segundo Lincoln D’Aquino Filocre, o público refere-se à noção de interesse coletivo.<sup>716</sup> Isto posto, Lincoln D’Aquino vê a segurança pública como a “ausência de risco

<sup>712</sup> MATOS, Luís Salgado. Segurança. **Dicionário de filosofia moral e política**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. Disponível em [Http://www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/seguranca.pdf](http://www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/seguranca.pdf). Acesso em 20 de junho de 2018.

<sup>713</sup> Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=BVBOn>>.

<sup>714</sup> HOUAISS, Antônio. Dicionário Eletrônico Houaiss. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.

<sup>715</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1282.

<sup>716</sup> FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 12. O autor afirma ainda que “são pelo menos quatro as temáticas de estudo de *segurança pública*: segurança pública sob o ponto de vista dos órgãos estatais; como atividades ou o exercício de segurança pública; como direito e grau do sentimento individual e coletivo de segurança; e como estado ou situação de segurança no sentido de controle do poder público. Essas dimensões podem ser assim traduzidas: segurança pública são os órgãos responsáveis pela manutenção da ordem pública; segurança pública é o conjunto de atividades destinadas à manutenção da ordem pública; segurança pública é o direito à proteção estatal, conferindo a cada um e a todos os membros da sociedade a permanente sensação de segurança; segurança pública

correspondente ao interesse da sociedade, tomada esta não como a soma das individualidades, mas como um corpo, qual seja, a coletividade”. Não obstante o citado autor entender o conceito de segurança pública com a finalidade de atender o interesse coletivo, tendo por base o conceito dado ao adjetivo “público”, entendemos de forma diferente. A segurança pública deve ter por base a concretização do interesse público, o qual em determinados momentos pode se conduzir à segurança coletiva, mas com esta não se confunde. Iremos discutir essa ideia mais à frente.

A segurança pública tem por escopo a proteção de todo perigo ou mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo, em última análise, dos direitos fundamentais de primeira dimensão do cidadão, assegurando-a, seja de forma preventiva ou repressiva, através de instituições próprias.

Sérvulo Correia<sup>717</sup> pontua que “a doutrina clássica da polícia em sentido funcional fazia assentar a especialidade deste modo de agir da Administração em três pontos. O primeiro era a delimitação dos fins ou interesses públicos a prosseguir graças ao emprego de conceitos do tipo do de segurança e ordem pública. O segundo elemento caracterizados era o conteúdo da actividade, constituído por efeitos limitativos de condutas dos particulares. E o terceiro era o da neutralização de perigos para a sociedade, neutralização essa entendida de modo a compreender não só as iniciativas policiais puramente preventivas mas também as actividades repressivas destinadas a evitar a continuação e o alastramento de perigos já concretizados”

José Afonso da Silva aponta que a segurança pública “assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependendo do adjetivo que o qualifica.”<sup>718</sup> Assim, José Afonso ensina que a “segurança pública” diz respeito à manutenção da ordem pública interna.<sup>719</sup> Na lição de Kildare Gonçalves,<sup>720</sup> a

Segurança pública tem em vista a convivência pacífica e harmoniosa da população, fundando-se em valores jurídicos e éticos, imprescindíveis à existência de uma comunidade, distinguindo-se, neste passo, da segurança nacional, que se refere mais à segurança do Estado.

---

é a ausência de perturbação, a garantia da ordem. Qualquer que seja a abordagem eleita, trata-se da mesma segurança pública porque um mesmo conceito de ordem pública se faz presente.” p. 13.

<sup>717</sup> CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, 1994. p. 403.

<sup>718</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 777.

<sup>719</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 777.

<sup>720</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1116.

Pinto Ferreira<sup>721</sup> entende que a segurança pública “é o conjunto de serviços organizados pela administração pública para assegurar a ordem pública e garantir a integridade física e moral das pessoas, mediante limitações impostas à atividade pessoal.” De forma parecida, Rui César Melo<sup>722</sup> afirma que “segurança pública pode ser definida como a ausência de delitos em estado ideal, onde não há ocorrência de crimes ou contravenções.” Rui César Melo<sup>723</sup> complementa afirmando que “a segurança pública é apenas um aspecto ou um dos aspectos daquilo que se entende por ordem pública: a ordem pública, na verdade, constitui de três aspectos: a salubridade pública, a tranquilidade pública e finalmente a segurança pública”

Nessa mesma relação entre segurança pública e ordem pública, José Cretella Júnior defende que

Quanto ao Estado, segurança quer dizer “paz”, “estabilidade da estrutura das instituições”; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer “tranquilidade física e psíquica”, condições garantidoras de circunstâncias que possibilitam o trabalho afastado a *vis inquietativa*.<sup>724</sup>

Segundo este mesmo autor,<sup>725</sup>

Toda matéria que diga respeito à Segurança Pública refere-se à *Ordem Pública* que, por ser mais abrangente, nem sempre diz respeito àquela, como estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, ou seja, pela legislação penal comum.

Nessa mesma toada, De Plácido e Silva<sup>726</sup> ensina que a segurança pública é

o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal, que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade, ou dos direitos de propriedade do cidadão. A segurança pública, assim, limita as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.

<sup>721</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 97.

<sup>722</sup> MELO, Rui César. O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais dos indivíduos. In: MORAES, Bismael B. et al. **Segurança Pública e Direitos Individuais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 24.

<sup>723</sup> MELO, Rui César. O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais dos indivíduos. In: MORAES, Bismael B. et al. **Segurança Pública e Direitos Individuais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 24.

<sup>724</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 3410.

<sup>725</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 10.

<sup>726</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 1963. (Vol. IV). p. 1417.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>727</sup> define segurança pública como “o conjunto de processos políticos e jurídicos, destinados a garantir a ordem pública na convivência de homens em sociedade.” Complementando, o autor<sup>728</sup> afirma que

É dentro da amplitude da Segurança Interna que se insere a esfera menor, em que o valor de referência é a convivência pacífica e harmoniosa, aquele que exclui a violência e se obtém pela manutenção de uma satisfatória ‘ordem da coisa pública’: é, por isto, a Segurança Pública.

De certa forma, conforme demonstrado acima, temos que o escopo da segurança pública é estritamente associada ao conceito de “ordem pública” e na proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Ora, para José Afonso, a segurança corresponde à manutenção da ordem pública, assim esta significa a “situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes.”<sup>729</sup>

O Tribunal Constitucional Português, no Acórdão n.º 583/96, considerou que “a expressão ‘*manutenção da ordem pública*’ é utilizada na legislação ordinária para tipificar uma das atribuições ou missões de segurança interna, prosseguida pelas forças ou polícias de segurança que se traduz na garantia da segurança e tranquilidade públicas, na protecção de pessoas e bens, na prevenção da criminalidade, na contribuição para o asseguramento do normal funcionamento das instituições democráticas e do regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e do respeito pela legalidade democrática.”

Jorge da Silva,<sup>730</sup> por sua vez, observa que

antes de tudo, cumpre distinguir entre segurança pública como setor da administração, e segurança pública como corpus de conhecimento. No primeiro caso, refere-se ao conjunto de instituições e órgãos, instalações, meios humanos e materiais, à normatividade penal e administrativa a ela relacionada, e as ações desenvolvidas como propósito de obtê-la. No segundo caso, segurança pública refere-se ao conjunto de conhecimento relativos a essa atividade, seja como resultado da crítica permanente de suas próprias práticas, seja pela incorporação de conhecimentos hauridos de estudo e pesquisa, comparados ou não, de diferentes disciplinas.

<sup>727</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988. p. 152.

<sup>728</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988. p. 76.

<sup>729</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 636.

<sup>730</sup> SILVA, Jorge da. **Segurança Pública e Polícia: criminologia crítica aplicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 222.

Jean Rivero e Hugues Moutouh definem segurança como “a segurança jurídica do indivíduo em face do poder”.<sup>731</sup> De outra forma, seria a liberdade das pessoas físicas em relação à proteção contra prisões arbitrárias, de modo a permitir o exercício tranquilo dessas liberdades. Os autores<sup>732</sup> afirmam que

Se a segurança tivesse de contar apenas com dois fatores antagonistas que são, de um lado, a tentação da arbitrariedade, frequente entre os detentores do poder, e, de outro, a aspiração dos homens à segurança jurídica, os problemas que apresentam já não seriam fáceis. Mas um terceiro fator os complica mais ainda: a aspiração à segurança jurídica em face do poder é acompanhada de uma aspiração à segurança material em face das agressões de todo tipo. Da sociedade, os homens esperam que ela lhes proteja a vida e os bens, e têm dificuldade em admitir as carências e os fracassos da autoridade nessa tarefa. Prontos a insurgir contra as arbitrariedades, também o são quanto têm o sentimento de que sua segurança está comprometida, a denunciar as fraquezas da repressão, até mesmo a tentar proteger sozinhos com uma autodefesa que traz o risco de redundar na pior anarquia. Essa reação às vezes serve de argumento para os detentores do poder justificarem o agravamento, até mesmo a arbitrariedade, da repressão, em detrimento de uma autêntica segurança. *Os dados do problema e o equilíbrio que os reflete, variam, pois, conforme a ameaça sentida mais agudamente num país em dado tempo ser aquela que a arbitrariedade da repressão organizada, ou aquela que nasce da delinquência, faz pesar sobre o indivíduo.* (grifo nosso)

Por outro lado, Paulo Sette Câmara<sup>733</sup> coloca a segurança pública dentro da vertente da defesa social. Para o autor,

defesa social é o conjunto de mecanismos coletivos, públicos e privados, para a preservação da paz social. A defesa é do Estado e das garantias constitucionais, simultaneamente, e ocorre em três vertentes: a) garantia dos direitos individuais e coletivos; b) segurança pública; e c) enfrentamento das calamidades. A segurança pública se torna, pois, apenas uma parte de um todo maior, que compõe em si, também, a tutela jurisdicional, a exposição das pessoas ao perigo e a defesa do Estado. Dessa forma, justiça e segurança se completam, mas entre elas se localiza uma área que é a dos riscos coletivos. Essa área envolve a autodefesa das comunidades – tanto para calamidades como para atividades tradicionalmente enquadradas em segurança, como o trânsito e os órgãos periciais. A finalidade deixa de ser a singela defesa do Estado para ser a paz. (...) A Segurança pública é uma atividade. Desenvolvida pelo Estado, destina-se a empreender ações e oferecer estímulos positivos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e usufruir o lazer. As instituições responsáveis por essa atividade atuam no sentido de inibir, neutralizar ou reprimir a prática de atos anti-sociais, assegurando a proteção coletiva e, por extensão, dos bens e serviços públicos.

Para Ivo Dantas<sup>734</sup>, é objetivo fundamental do Estado

<sup>731</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393.

<sup>732</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 394-395.

<sup>733</sup> CÂMARA, Paulo Sette. Defesa Social e Segurança Pública. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Coord.). **A Violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 344.

<sup>734</sup> DANTAS, Ivo. **Da Defesa do estado e das instituições democráticas na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 146.

a manutenção de uma ordem que deve retratar os valores e ideias da sociedade, e que se expressa através da ideia de Direito que, embora sendo algo permanente, profundamente ligada ao próprio Homem, é variável, em sua visão positivada, de época para época, de sociedade para sociedade. (...) a ordem que se estabelece tendo seu amparo no que se afirmou acima, deverá, a todo custo ser mantida, pela ação positiva, ou às vezes negativa, tanto do poder, quanto daqueles que se mantenham sob o seu exercício. Ninguém, quando se trata de segurança pública, poderá ser mero espectador, muito embora, haja uma relação de intensidade na participação de cada uma das partes, e por isto a Constituição (do Brasil) lança mão dos vocábulos *dever* (quando se refere ao Estado) e *direito* e responsabilidade de todos, quando se refere, evidentemente, às pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas.

Sérvulo Correia<sup>735</sup> ensina que a segurança pública consiste na

“integridade da vida, da saúde, da honra, da liberdade e dos bens dos cidadãos e também a integridade da Ordem Jurídica objectivamente considerada e das instituições públicas. A protecção de bens individuais contra as condutas perigosas não corresponde à resolução de conflitos entre indivíduos para fazer justiça entre eles (uma tarefa própria do poder judicial) mas para efeito da directa satisfação de um interesse público de asseguramento pela sociedade da protecção dos indivíduos. Por isso mesmo, as condutas perigosas para a ordem pública são as que se traduzem na violação – actual ou eventual – de regras de direito público e são só aquelas em face das quais os tribunais não tenham condições para prestar uma protecção imediatamente eficaz (princípio da subsidiariedade dos actos de polícia)”

Percebe-se que há uma divergência de opiniões entre os doutrinadores quanto à segurança pública. Enquanto alguns entendem que a segurança pública diz respeito a uma espécie de garantia de segurança dos cidadãos em relação aos demais, bem como ao Estado, em um sentido mais protetivo frente às possibilidades de usurpação da liberdade e propriedade; outros doutrinadores a veem como uma segurança material, em que os cidadãos desejam que o Estado proteja os seus direitos fundamentais de primeira dimensão. Entendo que esta discussão recai exatamente sobre as dimensões dos direitos fundamentais, de modo que, com o passar do tempo e da evolução do próprio Estado, a segurança pública teve suas tarefas ampliadas. Com isso, não vemos ambas as vertentes como excludentes, mas como complementares.

Não podemos deixar de afirmar que a segurança pública limita a liberdade individual, de forma a estabelecer que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.<sup>736</sup> Assim, José

<sup>735</sup> CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994, p. 397.

<sup>736</sup> L'APICCIRELLA, Carlos Fernando Priolli. Segurança Pública. **Revista Eletrônica de Ciências**, São Carlos, n. 20, out. 2010. Disponível em: <[http://cdcc.usp.br/ciencia/artigos/art\\_20/seguranca.html](http://cdcc.usp.br/ciencia/artigos/art_20/seguranca.html)>. Acesso em: 26 out. 2016. Sérvulo Correia assevera que, em seu sentido funcional, a polícia é “a actividade da Administração Pública que consiste na emissão de regulamentos e na prática de actos administrativos e materiais que controlam condutas perigosas dos particulares com o fim de evitar que estas venham ou continuem a lesar bens sociais cuja defesa preventiva através de actos de autoridade seja consentida pela Ordem Jurídica.” Assim, a polícia tem como



Afonso da Silva<sup>737</sup> define segurança pública como “a manutenção da ordem pública interna e atividade de vigilância, preservação e repressão das condutas delituosas.”

Por outro lado, entendemos também que o objetivo da segurança pública, através da manutenção da ordem pública e busca pela convivência pacífica da sociedade, tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, especificamente a vida, liberdade e propriedade, seja contra a atuação de outros particulares seja contra o próprio Estado.

De forma parecida, podemos concluir que a segurança pública é o conjunto de medidas, ações e garantias que visam assegurar que a sociedade possa se manter pacífica, de modo a, preventivamente, evitar ameaça ou a prática de crimes e, repressivamente, atuar para buscar solucionar delitos praticados, com o objetivo do cumprimento do ordenamento jurídico e a concretização da justiça na sociedade; permitindo que a sociedade<sup>738</sup> possa viver em paz<sup>739</sup> e que os cidadãos possam usufruir e gozar dos seus direitos, ao ter o seu direito à vida, liberdade e propriedade garantidos.

### 5.1.1 Segurança pública e a ordem pública

O conceito de segurança pública está estritamente relacionado com a ideia de ordem pública, conforme demonstrado no item anterior. Lincoln D'Aquino<sup>740</sup> afirma que “para se ter segurança pública há que se buscar constantemente alcançar preservar o equilíbrio na sociedade

---

finalidade “controlar condutas perigosas dos particulares”. Os atos de polícia “restringem direitos e liberdades fundamentais”. CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994. p. 394/395.

<sup>737</sup> SILVA, José Afonso da. **Segurança Pública no Brasil e na Itália**: arquivos da Polícia Civil. São Paulo: Arte Gráfica, 2011. p. 56.

<sup>738</sup> O Estado/sociedade é anterior/preexistente à Constituição. A Constituição vem inaugurar um sistema jurídico com o objetivo de garantir o desenvolvimento da sociedade, concretizar direitos fundamentais e fazer com que esta possa viver em paz. O Estado (em seu conceito jurídico filosófico), segundo os teóricos contratualistas, tem início em um contrato social elaborado pelos particulares, no qual cada um destes cede uma parcela de sua liberdade para que a sociedade possa viver em paz e desenvolver-se. Após o surgimento daquele, nasce a Constituição como documento maior de um ordenamento jurídico e no qual será estipulado os objetivos e traçado as linhas da função do Estado e as diretrizes de sua atuação. De outra forma, poderemos dizer que a criação da Constituição, como norma fundamental, deve se pautar pelo princípio democrático, no qual tem na soberania popular a sua base e diretriz, no intuito deste princípio legitimar e dar validade ao sistema, assim como produzir inputs axiológicos. Conforme ensina Jorge Miranda, o poder constituinte material é anterior ao poder constituinte formal. Isso porque, segundo o autor, “a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a posição política fundamenta a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade e a legalidade”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo II). p. 75. Ademais, o poder constituinte formal está envolvido dentro do poder constituinte material, p. 76.

<sup>739</sup> Segundo Kelsen, a função do Direito é garantir a paz na sociedade. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>740</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 43.

real, ou seja, é a permanente perseguição à ‘ordem pública’.” A própria Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 144, que a “*segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”.<sup>741</sup> A Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018,<sup>742</sup> que instituiu a Política Nacional de Segurança Pública, por sua vez, estabelece como finalidade da Política Nacional de Segurança Pública a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Por isso a importância de discutirmos o conceito de ordem pública. Esta é exatamente o objeto daquela. Ou seja, compreenderemos mais a ideia de segurança pública quando conceituarmos mais precisamente a ordem pública e, por conseguinte, podemos desenvolver mais adequadamente o seu panorama fático jurídico.<sup>743</sup>

Entretanto, a expressão ordem pública, de determinação jurídica indefinida, é uma das mais difíceis de conceituar e delimitar o seu conteúdo, vez a abrangência inerente e a diversidade de conceitos existentes,<sup>744</sup> além da forte carga cultural, variando de cada sociedade e de cada momento da história.<sup>745</sup> Etimologicamente, a palavra “ordem” significa “colocação, plano, simetria, série, regularidade, encadeamento invariável, impecável.”<sup>746</sup> Goffredo Telles Júnior<sup>747</sup> ensina que “toda *ordem*, evidentemente, é uma disposição. (...) certa disposição, uma

<sup>741</sup> O Supremo Tribunal Federal afirmou ser incompatível, com o disposto no art. 144 da CF, a norma do art. 180 da Carta Estadual do Rio de Janeiro, na parte em que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e, entre os órgãos encarregados dessa atividade, a ali denominada “polícia penitenciária”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 236. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 7 maio 1992. Publicação em: 1º jun. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.916. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 3 fev. 2010. Publicação em: 14 maio 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.827. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 16 set. 2010. Publicação em: 6 abr. 2011).

<sup>742</sup> Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012.

<sup>743</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988. p. 76.

<sup>744</sup> A noção de ordem pública possui foi sendo alterada com o tempo até mesmo em virtude de acompanhar as transformações do poder de polícia. FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. (Vol. 2). p. 129-130.

<sup>745</sup> Álvaro Lazzarini afirma que “nada mais incerto em direito do que a noção de ordem pública, noção essa de grande importância, diga-se, para quem exerce atividade de polícia de manutenção da ordem pública ou pretenda conhece-la.” LAZZARINI, Álvaro. A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 115, jul./set. 1992. p. 277. Posteriormente, afirma que “a noção de ordem pública só pode ser nacional. Ela, reconhecidamente, é por demais incerta, porque varia no tempo e no espaço, de um para outro país e, até mesmo, em um determinado país de uma época para outra.” p. 278. Cretella Júnior, por sua vez, defende que “ela varia de entendimento no tempo e no espaço.” CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 139. Ele afirma que, tal como segurança pública, ordem pública encerra um conceito jurídico indeterminado.

<sup>746</sup> FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. (Vol. 56). p. 216.

<sup>747</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3 e ss.

disposição conveniente de coisas, sendo que a disposição só pode ser considerada conveniente quando alcança o fim em razão do qual ela é dada às coisas”. Da mesma forma Nicola Abbagnano<sup>748</sup> define-a como “uma relação qualquer entre dois ou mais objetos que possa ser expressa por meio de uma regra”.

A noção de ordem pública existe desde o Direito Romano. Apesar de não existir essa expressão propriamente dita, o seu conteúdo correspondia ao conceito de *mores* (costumes romanos). A ordem fundada no *mores populi romani* tinha no censor o agente público responsável pelo seu controle, com poder de repressão através da sanção pública, a *nota censória*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão ordem pública aparece diversas vezes, nos mais diversos ramos do direito e com diferentes acepções. Na Constituição Federal, ela está presente no art. 34, inc. III<sup>749</sup>, art. 136<sup>750</sup>, art. 144. No Código Civil, está presente no art. 20<sup>751</sup>, art. 122<sup>752</sup>, art. 606, parágrafo único<sup>753</sup>, art. 1.125<sup>754</sup> e art. 2.035, parágrafo único.<sup>755</sup> No Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), há o art 39<sup>756</sup>, art. 963, inc. III.<sup>757</sup>

<sup>748</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 852.

<sup>749</sup> “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

(...)”

<sup>750</sup> “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.”

<sup>751</sup> “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

<sup>752</sup> “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

<sup>753</sup> “Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.”

<sup>754</sup> “Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.”

<sup>755</sup> “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

<sup>756</sup> “Art. 39. O pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública.”

<sup>757</sup> “Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:

No Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), ela está disciplinada no art. 7º<sup>758</sup>, art. 185, § 2º, inc. IV<sup>759</sup>, art. 312<sup>760</sup>, art. 427<sup>761</sup> e art. 781.<sup>762</sup>

Como já dito anteriormente, a ordem pública possui uma inexatidão conceitual, muito em virtude de estar atrelada à ideia do poder de polícia. E, com a evolução e transformação deste no decorrer da história, a noção de ordem pública passa a ampliar e recondicionar os seus limites. No Estado Liberal, por exemplo, a ordem pública restringia-se à manutenção da segurança interna e externa. Como a intervenção estatal na sociedade era mínima nesta fase, apenas o estritamente necessário e, em específico, a recair sobre a proteção da liberdade e propriedade, a ordem pública também era vista de forma mais restrita.

No Estado Social, com a ampliação das funções e tarefas estatais, a noção de ordem pública também foi alargada. Ela teve contornos expandidos e passou a abranger a promoção dos interesses sociais e coletivos, tal como a finalidade do exercício do poder de polícia.<sup>763</sup> Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>764</sup> ensina que

O próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras.

---

(...)

VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.”

<sup>758</sup> “Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

<sup>759</sup> “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

(...)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

(...)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.”

<sup>760</sup> “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

<sup>761</sup> “Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.”

<sup>762</sup> “Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes.”

<sup>763</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 246.

<sup>764</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 123.

No Direito francês, a ordem pública tem por finalidade uma tríade: segurança pública,<sup>765</sup> tranquilidade pública e salubridade pública.<sup>766</sup> Sérvulo Correia<sup>767</sup> afirma que há ainda a discussão, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, se a moralidade pública deve hoje constituir como um quarto componente do conceito de ordem pública.

Na República Federal da Alemanha, a segurança pública é considerada um bem social autónomo da ordem pública, a qual seria um bem social passível de protecção.<sup>768</sup> Esta (a ordem pública) consistiria no “conjunto de regras (mesmo que não escritas) que, segundo as concepções sociais e éticas dominantes, se revelem pressupostos indispensáveis de uma vivência colectiva salutar numa circunscrição determinada. Estes valores estão sujeitos a uma grande variação no espaço e no tempo e a sua violação pode ou não coincidir com a violação da segurança pública.”<sup>769</sup>

<sup>765</sup> No Direito francês, a manutenção da ordem pública é a própria finalidade da polícia administrativa.

<sup>766</sup> Ver BRITO, Miguel Nogueira de. Direito de Polícia. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>767</sup> CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994. p. 396.

<sup>768</sup> Conforme ensina Sérvulo Correia, “Na República Federal da Alemanha cabe exclusivamente ao Länder a competência legislativa em matéria de Direito geral da polícia e da ordem (allgemeine Polizei – und Ordnungsrecht), nos termos conjugados do §§ 70 e 73 da Grundgesetz. Estas legislações contêm normalmente uma cláusula geral que, subsidiariamente, isto é, na ausência de normas que tipifiquem as situações em causa, habilitam os serviços de polícia e de ordem (Polizei – und Ordnungsbehörden) e praticar actos administrativos e actos materiais destinados a prevenir um perigo e, por vezes também, para a ordem pública.” A fonte histórica de inspiração é o § 14 I da Lei Prussiana sobre polícia administrativa de 1931: “Os serviços de polícia dispõem de competência discricionária no quadro das leis vigentes para adoptar as medidas necessárias à protecção da coletividade ou dos indivíduos relativamente aos perigos que ameaçam em matéria de segurança e de ordem pública” CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994. p. 397.

<sup>769</sup> CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994. p. 398. Apesar disto, o autor entende que “passa-se com o fim da ordem pública do Direito Alemão de polícia de certo modo o mesmo que ocorreu em França com a incorporação da ideia de moral pública no conceito de ordem pública, sem olvidar que neste último caso se tratou de uma jurisprudência escassa e nunca suficientemente consolidada. A elevação do grau de tolerância pela diferença no seio das sociedades e um entendimento mais restrito, à luz da ideia de Estado de Direito, dos imperativos de definição e precisão dos pressupostos dos actos de autoridade conduzem à obsolescência de cláusulas gerais que remetam neste domínio para juízos de valor meta-jurídicos. Quando relevantes para a coexistência social frutuosa, esses juízos são incorporados pelo legislador, tornando desnecessário o recurso da cláusula geral.” p. 399. Ver também BRITO, Miguel Nogueira de. Direito de Polícia. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. Este autor pontua ainda que “a noção de ordem pública do direito de polícia francês visa legitimar a possibilidade de as autoridades que são titulares de poderes de polícia restringirem as liberdades públicas e os direitos fundamentais com base em regulamentos e actos individuais. De modo diferente, para o direito alemão o conceito básico de direito de polícia é o perigo. A polícia em sentido material diz respeito à actividade do Estado, através da função administrativa, que visa controlar ou reagir em face de um perigo, atendendo às respectivas consequências para a ordem pública, por um lado, e para a segurança pública, por outro. Estes conceitos são empregues na legislação dos diversos *länder*, com as principais competências na matéria, e são entendidos como verdadeiras cláusulas gerais, cabendo aos tribunais e à doutrina densificá-los. Ao contrário do que se sucede em França, o conceito de segurança pública não é considerado uma simples determinação da noção de ordem pública, antes se reportando a um bem social autónomo. Por outro lado, ao pendor casuista do direito de polícia francês, essencialmente construído em torno das decisões do *Conseil d'État*, opõe-se a sólida construção dogmática do direito alemão. Mais questionável será, porventura, pretender que <<no desenvolvimento alemão, a burguesia não trouxe, revolucionariamente, a democracia, mas antes,

Não obstante esta discussão, Mario Garmendia Arigón,<sup>770</sup> apesar da indefinição e dificuldade dos conceitos, propõe uma sistematização em três grupos: (a) *ordem pública e a natureza do interesse em jogo*. Os autores dessa teoria definem a ordem pública de acordo com o interesse vigente na relação jurídica, se de natureza pública ou privada. O autor afirma que essa vertente é formada em sua maioria pelos primeiros comentadores do Código de Napoleão, no qual a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado era definida pela natureza do interesse. Assim, a ordem pública era definida em contraste à ordem privada. (b) *ordem pública e organização jurídico-social*. a ordem pública tem em seu seio, núcleo, a ideia de valores, modelos ou princípios que definem o sistema jurídico, cuja base decorre da própria sociedade, organização social. Ordem pública, pois, seria a “ordem da sociedade”, sob a perspectiva moral e material. Para Garmendia, essa linha de raciocínio estabelece uma ligação entre ordem pública e “bons costumes”. (c) *ordem pública do ponto de vista instrumental*. Neste caso, os autores defendem a ordem pública como decorrente da ordem jurídica. Ressalta-se o caráter instrumental do instituto, como técnica para “assegurar o respeito inexorável a determinadas normas jurídicas.” Para Garmendia Arigón,

A diferenciação desse terceiro grupo não implica sustentar que quem o integra não aluda às raízes sociais e filosóficas, ou as desconheçam, nas quais se inspira a noção de ordem pública. Trata-se simplesmente de assinalar a nota típica que especificamente ressalta em suas respectivas definições do conceito. Ao contrário, os autores que integram as outras duas categorias tampouco deixam de indicar e analisar a especial eficácia imperativa que costuma identificar tipicamente as normas cujos conteúdos fazem parte da noção de ordem pública ou lhe fazem referência.<sup>771</sup>

A divisão realizada por Garmendia Arigón deve ser olhada com cautela. Isso porque o nosso objetivo é a análise da ordem pública sob a perspectiva da segurança pública. E como sustenta Jean Rivero,<sup>772</sup> ao analisar a expressão ordem pública presente no art. 6º do Código Civil Francês<sup>773</sup>, “as palavras são idênticas, mas trata-se de duas coisas sem qualquer

---

*através de uma progressiva adaptação das relações de poder preexistentes, o Estado de Direito. Os franceses tomaram de assalto a Bastilha; os alemães inventaram a jurisdição administrativa e o princípio da proporcionalidade>>>.* BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. P. 283/284.

<sup>770</sup> ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 20 e ss.

<sup>771</sup> ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 24.

<sup>772</sup> RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 480.

<sup>773</sup> “Art. 6º. Não se pode, por convenções particulares, derogar leis que dizem respeito à ordem pública”. Esse dispositivo é semelhante ao previsto no art. 2.035, parágrafo único do Código Civil brasileiro.

relação.”<sup>774</sup> Para Cynthia Almeida,<sup>775</sup> no direito privado, a ordem pública é a base que fundamenta a ordem econômica e moral da sociedade, de forma a regular o Estado e a capacidade das pessoas, organizar a família, a propriedade, o regime de sua aquisição e perda, e impor às partes, proibições ou medidas ditadas no interesse de terceiros. Em nosso entender, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já demonstrado acima, a expressão ordem pública aparece nas mais diversos conceitos, podendo se enquadrar, a depender da disposição, em cada um dos grupos sistematizados por Garmendia Arigón.

Na divisão de Garmendia Arigón, observa-se que as duas primeiras correntes correspondem à uma visão de ordem pública metajurídica, enquanto a última corrente, a uma ordem pública jurídica. E, de certa forma, um dos principais representantes foi Otto Mayer,<sup>776</sup> em que defendia a ordem pública como a “boa ordem da comunidade”. Mayer defende uma espécie de direito natural de polícia, com o objetivo de limitar direitos dos cidadãos com fulcro de atender a “boa ordem da comunidade”, manter a ordem social, vez que o cidadão tem o dever “natural” de não perturbar a “boa ordem da comunidade”.

A maioria da doutrina brasileira, de certa forma, adota uma visão metajurídica. Por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>777</sup> defende que a ordem pública é a “ausência de desordem, a paz, de que resultam a incolumidade da pessoa e do patrimônio.” De forma parecida, José Afonso da Silva<sup>778</sup> afirma que a ordem pública se trata de “uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”. Para o doutrinador, “convivência pacífica” não corresponde à ausência de divergências, controvérsias e debates. A ameaça à ordem pública apenas ocorre quando há a probabilidade de ocorrer violência e/ou crime. Para Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins,<sup>779</sup> a ordem pública está relacionada ao “patrimônio objeto dos mecanismos de segurança pública”.

<sup>774</sup> Contrariamente, Paul Bernard defende a unidade conceitual: “a ordem pública é um conceito comum a toda lei.” BERNARD, Paul. **La Notion D’ordre Public en Droit Administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1962. p. 265.

<sup>775</sup> ALMEIDA, Cynthia Ract de. Diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública externa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, a. 25, n. 99, jul./set. 1991. p. 284.

<sup>776</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. (Tomo I). p. 243.

<sup>777</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 82.

<sup>778</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextuais à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 777 e ss.

<sup>779</sup> BASTOS, Celso A.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 221. Os autores relacionam as perturbações à ordem pública aos mecanismos de Estado de Exceção: “Não se admitem perturbações, (...) ensejando, se grave comoção colocar em risco a estabilidade das instituições (...) a adoção, inclusive, dos estados de defesa e de sítio.”

Álvaro Lazzarini<sup>780</sup> afirma que “a ordem pública é sempre efeito de uma realidade nacional que brota da convivência harmônica resultante do consenso entre a maioria dos homens comuns, variando no tempo e no espaço em função da própria história”. Por sua vez, o arcabouço jurídico seria o tradutor dessa ordem pública. Ele parte da concepção de que a noção de ordem pública obedece a um critério moral, social e nacional, cuja definição é “uma situação de fato oposta à desordem, sendo essencialmente de natureza material e exterior”,<sup>781</sup> de modo que a ordem pública diz respeito ao conjunto de critérios de ordem superior, político, econômico, moral e, até mesmo, religioso. Por isso, o autor entende que “a noção de ordem pública, em verdade, é mais fácil de ser sentida do que definida.”

Em outro momento, Álvaro Lazzarini<sup>782</sup> afirma que a segurança pública é causa, cujo efeito é a ordem pública, bem como seria efeito da causa tranquilidade e salubridade pública. Desta forma, a segurança pública, juntamente com a tranquilidade e salubridade pública, seria elemento/parte do todo, a ordem pública.<sup>783</sup>

Jorge da Silva<sup>784</sup> entende, de forma parecida a Lazzarini, ao afirmar que a ordem pública “engloba, além das noções de segurança e tranquilidade, os conceitos de ordem moral, estética, política e econômica.” Para o autor, seria um reducionismo entendermos a ordem pública como a mera ausência de desordem.

Os autores citados acima defendem uma concepção metajurídica da ordem pública. O problema desta visão é o subjetivismo na sua aplicação, decorrente de conceitos abertos, elásticos e abstratos, de modo que praticamente inexista limitação jurídica à atuação estatal. Palomar e Zigorraga,<sup>785</sup> nesse mesmo sentido, afirmam que a noção metajurídica de ordem pública tem servido para “justificar um âmbito expansivo de intervenção administrativa limitadora de direitos e liberdades, dependendo da conjuntura social dominante.” Ranelletti entende que aceitar essa posição seria negar as liberdades e garantias individuais.

Além disto, devemos asseverar que os conceitos citados acima para legitimar a segurança pública, através da manutenção da ordem pública, como v.g. “boa ordem da comunidade”, “moral”, “bons costumes” dentre outros, só pode ser aceito quando juridicizado.

<sup>780</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

<sup>781</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 8.

<sup>782</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 53.

<sup>783</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 76.

<sup>784</sup> SILVA, Jorge da. **Criminologia Crítica: segurança e polícia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 154.

<sup>785</sup> PALOMAR, Eugenio Artetxe; ZIGORRAGA, Iñaki Agirreazkuenaga. Síntesis en matéria de órden y seguridad. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 61, set./dez. 2001. Disponível em: <www6.euskadi.nr>. Acesso em: 12 jan. 2019. p. 98.



Ou seja, esses conceitos devem ser introduzidos no sistema do Direito, para que possa surtir efeito de justificar uma ação estatal de intervenção sobre direitos fundamentais, sob pena de ferir garantias fundamentais, como o princípio da legalidade. Por isso, José Luis Carro Fernández-Valmayor<sup>786</sup> defende que “a ordem pública é a ordem que quer o Direito, isto é, a ordem regulada, tipificada, estabelecida pelo direito positivo.”

Hugo Nogueira de Brito<sup>787</sup> elenca três críticas ao conceito de ordem pública sem apoio normativo:

Em primeiro lugar, sustenta-se que num Estado de direito democrático não é possível justificar este apelo a normas não jurídicas, que integram o conceito de moral social. A liberdade pode apenas ser limitada com base na lei e não com base em concepções morais de extracção empírica (**objecção da Inconstitucionalidade**).

Em segundo lugar, diz-se que as sociedades modernas ocidentais se caracterizam por serem sociedades plurais em matéria de identidades religiosas, culturais e étnicas. Em tais sociedades, os direitos fundamentais servem também para a protecção das minorias, não podendo os órgãos de polícia desempenhar funções de apóstolos morais ou guardiões dos costumes, desde logo por que não existe um único conjunto uniformes de costumes (**objecção da impossibilidade**).

Por outro lado, é duvidoso que o conceito de ordem pública desempenhe uma função útil do ponto de vista jurídico-prático. Na verdade, pode dizer-se que desapareceu hoje a necessidade de colmatar um ordenamento legislativo com lacunas, função que o conceito de ordem pública inicialmente desempenhou, através de densa legiferação a que têm vindo a ser sujeitos todos os domínios da vida social. Especialmente significativos são a este propósito os regimes das contra-ordenações (**objecção da superfluidade**).

Sérvulo Correia, por sua vez, compartilha desse mesmo entendimento. Conforme o autor português,<sup>788</sup>

“O exemplo dos Direitos francês e alemão chega para demonstrar que, embora as palavras possam ser as mesmas, cada Ordem Jurídica nacional tende a configurar em regimes não totalmente sobreponíveis os bens essenciais cuja colocação em perigo legitima a intervenção policial. Tanto quanto é possível generalizar, nota-se o alastramento da tendência para precisar juridicamente a definição desses bens sociais, restringindo ao máximo a remissão, para tal efeito, para parâmetros meta-normativos. (...) a doutrina jurídica tende a aceitar a multiplicação dos bens sociais passíveis de protecção através de uma actividade de polícia, desde que a sua definição se encontre na constituição, na lei ou mesmo, em certos países, em regulamentos independentes”

<sup>786</sup> FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. **Polícia y Sociedad**, Madrid, 1989. p. 25.

<sup>787</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 381/382

<sup>788</sup> CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994. p. 399. Posteriormente, o autor afirma que “A Constituição portuguesa actual autoriza portanto uma concepção ampla dos fins de polícia. Estes serão afinal todos aqueles interesses gerais, protegidos por lei, que possam ser sujeitos a um risco de dano por condutas individuais cuja perigosidade seja controlável através de exercício de competências administrativas.” p. 402

Maurice Hauriou<sup>789</sup> também adotou a corrente jurisdicante. Ele caracterizou a ordem pública como “ordem material e exterior considerada como um estado de fato oposta à desordem”, em que a polícia “não persegue a ordem moral nas ideias e nos sentimentos, não reprime as desordens morais para a qual é radicalmente incompetente.” Ou seja, ela trata-se apenas de uma ordem exterior, fática, de tranquilidade do cidadão. Carro Fernández-Valmayor<sup>790</sup> entende que em Hauriou pode-se encontrar a consideração de ordem pública como uma ordem jurídica, enquanto essa ordem externa vem considerada como uma ordem prevista e regulada pelo Direito Positivo, pois para ele os elementos que compõem a ordem pública podem ser “obtidos da legislação”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>791</sup> vê a ordem pública tanto em sentido material (ou descritivo) quanto em sentido formal (ou normativo). Enquanto na primeira, a ordem pública é uma situação de fato, “ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um”; no sentido normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observados numa sociedade, “impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório de cada um.”

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>792</sup> essa distinção metodológica é a solução explicativa para as divergências doutrinárias. Ressalta que essa distinção não corresponde em posições antagônicas, mas sim complementares, de modo a permitir um melhor conhecimento do instituto.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 101.300<sup>793</sup>, já entendeu de forma parecida, ao afirmar que a ordem pública

<sup>789</sup> HAURIU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**: a l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 971 e ss.

<sup>790</sup> FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. **Polícia y Sociedad**, Madrid, 1989. p. 25.

<sup>791</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988. p. 143. Miguel Seabra Fagundes afirma que “na terminologia jurídica a expressão ordem pública assume duas significações. Ora aparece como designativa de parâmetros basilares de comportamento social (no mais amplo sentido, isto é, com relação aos costumes morais, à estrutura e vida de família, à economia geral, etc.), ora diz com o clima de equilíbrio e paz indispensável à convivência coletiva do dia-a-dia.” apresentação da obra CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 139.

<sup>792</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 72.

<sup>793</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 101.300/SP. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 5 out. 2010. Publicação em: 18 nov. 2010.

não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, *ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)*. Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, *conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social*. (grifo nosso)

No Brasil, há um conceito legal de ordem pública definido no Decreto nº 88.777, de 30 de março de 1983, em seu art. 2º, item 21:

Ordem Pública – Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

Álvaro Lazzarini<sup>794</sup> faz severas críticas a esse conceito. Segundo o autor, “esse conceito não é aceitável naquilo que diz ser ordem pública.” Isso porque “o ordenamento jurídico da Nação é o que pode ser considerado como sistematização das regras de Direito, materiais ou formais, ou seja, o sistema legal adotado pelo País.” Lazzarini defende a revogação do conceito legal, sob a argumentação de que no que se refere à ordem pública, é mais fácil senti-la do que defini-la. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>795</sup> comunga dessas críticas. Ele afirma que este conceito é abstrato, vago, amplíssimo, confuso, cheio de erros; uma boa intenção que presta um desserviço ao Direito e ofende a sua ciência. Para o autor, a ordem pública não são regras, mas o resultado apreciável de sua observância, pois a considera como uma situação que se requer manter ou a que se quer chegar.

Luciano Parejo e Roberto Dromi<sup>796</sup> argumentam se o monopólio estatal do uso da força é definido com um dos fundamentos da vida social politicamente organizada, então o direito de

<sup>794</sup> LAZZARINI, Álvaro. Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça. In: CRETELLA JÚNIOR, José. (Coord.). **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7.

<sup>795</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José. (Coord.). **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 80.

<sup>796</sup> PAREJO, Luciano; DROMI, Roberto. **Seguridad Pública y Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 31.

defesa diante desse poder também tem natureza constitucional. Para os autores, haveria, pois, uma o princípio implícito na regulação constitucional dos poderes e competências públicas, de modo que a ordem pública não seria formal, para ser definida livremente pelo poder constituído, mas material, construída sobre e com os valores constitucionalmente protegidos.

O argentino Bartolomé A. Fiorini,<sup>797</sup> por sua, vez, é outro adepto da concepção juridificante. Para o autor a ordem pública se identifica com a ordem jurídica, ou seja, enquanto “só podem ser tomadas em conta como expressão do direito; mas não se identificam de forma total, posto que a expressão ordem jurídica contém também outras situações e se integra com outras normas.” Para o autor, a ordem pública está adstrita à ordem jurídica, vez que ela é um objeto cultural que não pode ter valor absoluto e, portanto, deve ser observada dentro do sistema jurídico, através dos seus princípios e valores, bem como limites impostos ao Estado.<sup>798</sup>

Entendemos no sentido da corrente juridificante. A acepção da ordem pública, quando analisada sob o contexto da segurança pública, deve ser entendida a partir de conceitos jurídicos, decorrentes dos valores e princípios constitucionais que foram introduzidos no Direito. Por mais que ela tenha a sua base e núcleo em valores e princípios da sociedade, estes devem estar positivados no ordenamento jurídico para legitimar a atuação estatal sobre direitos fundamentais. Isso não nos faz esquecer que a sua análise deve ocorrer sob a perspectiva fática e material, mas a partir das definições, regulações e limites jurídicos. O entendimento em sentido contrário afronta diretamente o princípio da legalidade, garantia fundamental, cujo objetivo é limitar a atuação estatal, de modo a evitar o seu arbítrio, em proteção aos direitos dos cidadãos. E a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais não são apenas limites à ordem pública mas também a sua base.<sup>799</sup>

De Plácido e Silva<sup>800</sup> entende a ordem pública como a “situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto.” Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal, justamente dela derivada. Segundo a linha de concepção de Hauriou,<sup>801</sup> a qual concordamos, ordem pública é a ordem material e exterior – sendo a ordem prevista e regulada pelo direito positivo – em um estado de

<sup>797</sup> FIORINI, Bartolomé. A. **Poder de Polícia**. Buenos Aires: Alfa, 1957. p. 146.

<sup>798</sup> No mesmo sentido: MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1935. p. 121.

<sup>799</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 249.

<sup>800</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 577.

<sup>801</sup> HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**: a l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 971 e ss.

fato oposto à desordem. Assim, a preocupação atinge apenas a desordem fática, contrária à previsão estabelecida no ordenamento jurídico.<sup>802</sup>

A ordem pública deve ser apurada por quem tenha competência para sentir e valorar, a partir de uma situação de legalidade e moralidade normal,<sup>803</sup> observando critérios jurídicos dispostos no ordenamento.<sup>804</sup> Não se pode conceber intervenção do Estado na sociedade sem que haja previsão constitucional ou legal expressa, mesmo que se trate de sujeito competente para tanto. Entender em sentido contrário é abrir espaços para abusos e arbitrariedades estatais. José Afonso da Silva<sup>805</sup> já alertou que, em nome da ordem pública e de valores abertos é que tem se praticado as maiores arbitrariedades na história. Sob a fundamentação de proteção da ordem pública, “muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia.”

Para Diógenes Gasparini,<sup>806</sup> a preservação da ordem pública decorre da necessidade de “coibir a violação da ordem jurídica e defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores.”

Ademais, Walber de Moura Agra<sup>807</sup> defende que a ordem pública não pode ser delimitada apenas em seu sentido repressivo, mas deve também ser analisada sob a perspectiva em seu sentido positivo. Com isto, faria parte também do sentido da ordem pública, a obrigação do Estado em proporcionar melhores condições de vida aos cidadãos, em uma espécie de

---

<sup>802</sup> Segundo Foucault, “a boa política penal não tem em vista, de forma alguma, uma extinção do crime, mas sim um equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa.” FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção Tópicos). p. 350. Conforme o entendimento de Foucault, a política penal não tem por objetivo a extinção da criminalidade, mas a contenção da delinquência, em uma espécie de equilíbrio entre as ações que justificam o combate da criminalidade (demanda negativa) e a paz social, ou seja, o necessário para manutenção da ordem pública. Miguel Nogueira de Brito entende que trata-se de uma tendência para um uso residual do conceito de ordem pública ser acompanhado da circunstância, já notada, de a função desempenhada outrora por esse mesmo conceito ser cada vez mais substituída por legislação de carácter sancionatório (penal ou contra-ordenacional), para todos os domínios da vida dos cidadãos. Por outras palavras, o que se verifica é uma migração do direito da ordem pública do âmbito do direito da polícia para o domínio do direito penal e do direito contra-ordenacional.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 390.

<sup>803</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 8.

<sup>804</sup> No mesmo sentido, Cretella Júnior, para quem a “ordem pública existirá onde estiver ausente a desordem, isto é, os atos de violência, de que espécie for, contra as pessoas, bens ou o próprio Estado.” O autor complementa, a ordem pública “não é figura jurídica, embora dela se origine e tenha a sua experiência formal” CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8. Hely Lopes Meirelles também considera que a ordem pública não é uma figura jurídica, da mesma maneira que não é uma instituição política ou social. Para o autor, ordem pública “é uma situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais que o Estado assegura”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Polícia de Manutenção da Ordem Pública**. In: CRETELLA JÚNIOR, José. (Coord.). **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 343.

<sup>805</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextuais à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 777.

<sup>806</sup> GASPARINI, Diógenes. Responsabilidade do Poder Público Municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 30, n. 117, jan./mar. 1993. p. 61.

<sup>807</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 656.

atuação preventiva; o que evitaria, de certa forma, a criminalidade e a desordem. Para Agra,<sup>808</sup> “o estabelecimento da ordem pública encontra sua razão de ser na realização dos direitos fundamentais”. Amadeu Brunet<sup>809</sup> afirma que “não cabe na democracia uma ordem que para realizar-se requer a supressão de direitos.”

Por fim, ressalta-se, apenas, que a ordem pública não se confunde com a ordem jurídica, mas a esta está submetida e inclusa. Assim, só haverá perturbação à ordem pública se efetivamente houver – ou esteja na iminência de ocorrer uma - violação a direitos, bens jurídicos ou liberdades de particulares ou do próprio Estado.

## 5.2 A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976.

### 5.2.1 O Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais

O Estado Constitucional, como um Estado qualificado pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado Democrático de Direito.<sup>810</sup> O Estado Moderno<sup>811</sup>, cuja base encontra-se no constitucionalismo moderno, surge como uma decorrência do fim do absolutismo, com uma nova concepção sobre o poder e o sistema jurídico. De outro modo, há o surgimento de um Estado que tem como ordens de valores a obediência ao Direito, ao princípio democrático e a um ordenamento baseado em uma Carta que tem que privilegiar certos direitos e estabelecer garantias para estes.<sup>812</sup>

O Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado de direito democrático-constitucional; o poder já não é dos homens, mas de leis. O ordenamento social e o político passam a ser governado pelas leis, elaboradas por representantes do povo, e não por personalidades que acreditavam ter recebido o seu poder de forma transcendental. A legalidade

<sup>808</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 656.

<sup>809</sup> BRUNET, Amadeu Recasens i. **La Seguridad y sus políticas**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 139.

<sup>810</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92.

<sup>811</sup> A fase pré-constitucional do Estado moderno, tal como o mesmo foi identificado por Georg Jellinek, apresentava-se, neste sentido, como uma “época de todas as ausências”: - ausência de “direitos fundamentais” – não havia a consagração e, sobretudo, a consciência da necessidade da respectiva proteção contra o arbítrio do poder público; - ausência de “cidadania” – pois que as pessoas eram, na verdade, autênticos súbditos, que se submetiam às investidas arbitrárias do poder; - ausência de “representação” e de “democracia” – a forma de governo reinante era a monarquia e os parlamentos de então não tinham qualquer consistência democrática, tanto na teoria como na prática. Ver: JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: BdeF, 2005.

<sup>812</sup> Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011.

assume valor supremo no ordenamento e é traduzida nos textos dos Códigos e das Constituições.

O Estado de Direito Democrático-Constitucional tornou-se um “paradigma de organização e legitimação de uma ordem política.”<sup>813</sup> A organização da comunidade política segundo as bases de um Estado de Direito Democrático, com base na Constituição, significa a rejeição de Estados estruturalmente totalitários, autoritários ou autocráticos.

O Estado de Direito tem como fundamento maior a ideia de que todos aqueles que compõem o Estado, inclusive os governantes, tem de estar adstritos à ordem jurídica, ao princípio da legalidade.

Conforme ensina Canotilho, a dimensão do Estado de Direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional. No seu conjunto, estes princípios e regras concretizam a ideia nuclear do Estado de Direito — sujeição do poder a princípios e regras jurídicos, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade e segurança.

O Estado Constitucional, por sua vez, iniciou com o constitucionalismo moderno,<sup>814</sup> cuja ideia principal é a criação de uma constituição escrita, no qual sejam garantidos os direitos fundamentais, a tripartição do poder e a sua racionalização, com a finalidade de limitar o poder político.<sup>815</sup> O art. 16 da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 afirmou

---

<sup>813</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 327 e ss.

<sup>814</sup> André Ramos Tavares afirma que há pelos menos quatro sentidos para o constitucionalismo: a) movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende limitar o poder arbitrário; b) em uma segunda acepção, confunde-se com a existência político de cartas constitucionais escritas; c) indica os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades; d) reduzido à evolução histórico constitucional de um Estado. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34 e ss.

Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, entende que o constitucionalismo possui dois sentidos: um sentido amplo, que se prende ao fato de que todos os Estados, seja qual for a época de evolução da humanidade, possuem uma constituição, explícita ou tácita, que ordenavam, com supremacia e coercitividade, a vida de um povo; e um sentido estrito, que advém do movimento constitucionalista, que o alçou ao posto de técnica jurídica das liberdades públicas.

Nesse sentido, Bulos afirma que, desde os fins do século XVIII a trajetória do constitucionalismo tem sido a busca pela limitação do poder, aliada ao esforço de se estabelecer uma justificativa espiritual, moral, sociológica, política, filosófica e jurídica para o exercício da autoridade. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 64 e ss.

Como movimento jurídico, político e cultural, o constitucionalismo só adquiriu consistência no fim do século XVIII, com o fortalecimento de certos princípios, que passaram a ser adotados na maioria dos Estados, sob a forma de declarações de direitos e garantias fundamentais. A partir de então, a ideia de constitucionalismo ficou associada à necessidade de todo Estado possuir uma constituição escrita para frear o arbítrio dos Poderes Públicos.

Observa-se, ainda que, segundo Loewenstein, o marco do nascimento do movimento constitucionalista – em sua fase primitiva – foi entre os Hebreus, que em seu Estado teocrático estabeleceram limites ao poder político pela imposição da Bíblia. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.

<sup>815</sup> A ideia da Constituição como forma de limitar o poder estatal e garantir o direito dos cidadãos parte do seu entendimento normativo. No entanto, o constitucionalismo também pode ser entendido na concepção política e na acepção histórico descritiva. Naquela, significa uma técnica de limitação do poder estatal em face dos direitos fundamentais; já na acepção histórico descritiva, consiste em movimento político, social e cultural cujo

que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.<sup>816</sup>

De outra forma, o Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. As ideias do “governo de leis e não de homens”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder”, foram tendencialmente realizadas por instituições como as de “*rule of law*”, “*due process of law*”, “*Rechtsstaat*”, “*principe de la légalité*”.<sup>817</sup>

No que tange à segurança pública, Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>818</sup> observam que o movimento iluminista e as consequentes Revoluções Liberais trazem duas modificações importantes nestas matérias: a delimitação positiva do seu conteúdo material em função do conceito de prevenção e afastamentos dos perigos e a subordinação da Administração Pública ao princípio da legalidade, de modo a originar o direito de polícia. Em relação à primeira modificação, os autores afirmam que a polícia passa a corresponder à adoção de medidas com fulcro a evitar situações de perigos, ou seja, aquelas situações em que se faz necessário intervenção para evitar danos a bens protegidos pelo ordenamento jurídico. Quanto ao princípio da legalidade, a atuação polícia depende de medida legislativa para determinar o seu espaço de atuação, tem quanto ao seu modo ou conteúdo de ação como a oportunidade em que ela deve ocorrer.<sup>819</sup>

Em suma, os direitos fundamentais, direitos do indivíduo humano (condição natural de humano), são o pilar essencial da revolução constitucionalista, que reconhece direitos, liberdades e garantias fundamentais para a defesa e a liberdade do cidadão em face do ente político.

### 5.2.2 A fundamentalidade dos direitos fundamentais

---

questionamento incide sobre os esquemas tradicionais de dominação política, objetivando uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 51-52.

<sup>816</sup> Nesse período ocorreu uma “corrida constitucionalista” na Europa, sendo fortemente influenciado pelas Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos, de 1787, e da França, de 1791, assim como pelos ideais dos teóricos contratualistas (Montesquieu, Rousseau e Locke). TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

<sup>817</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 94 e ss.

<sup>818</sup> MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 651.

<sup>819</sup> MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 651/652.



Os direitos fundamentais surgem como uma forma de limitar direitos naturais<sup>820</sup> dos homens contra o abuso do poder do ente político. No mundo ocidental sempre se buscou uma forma de proteger os direitos dos homens contra a tendência de o ente político abusar da sua força e, assim, a necessidade de o ordenamento jurídico prever tais direitos, bem como as garantias de proteção e os meios de concretização. Dessa forma, como já afirmado acima, a Constituição é entendida como a Carta Magna estatal que tem como objetivo limitar o poder do ente político e garantir os direitos dos cidadãos, conforme preceituado pelo art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

No entanto, o significado e conteúdo desses direitos tornam-se cada vez mais indefinidos e abrangentes. Se em uma perspectiva inicial, os direitos fundamentais surgem sob um viés jusnaturalista, de valores intrínsecos à qualidade do homem enquanto ser humano, com o decorrer do tempo esse espectro é alargado, de forma a perder, para muitos autores, o viés jusnaturalista e passar a ser entendido sob uma visão mais positivista: o direito fundamental é aquele reconhecido para a Constituição como tal. Não há, pois, um consenso na esfera conceitual e terminológica dos direitos fundamentais, a incluir o seu significado e conteúdo.

Jorge Miranda<sup>821</sup> entende que os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”. De acordo com o constitucionalista português,<sup>822</sup> os direitos fundamentais implicam necessariamente duas condições ou pressupostos: uma relação imediata das pessoas com o poder e o reconhecimento de uma esfera própria das pessoas frente ao poder político.

Cristina Queiroz<sup>823</sup>, por sua vez, afirma que os direitos fundamentais são direitos constitucionais que devem, antes de ser compreendido como uma dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado, ser entendidos como um sistema de valores que irão definir e legitimar a ordem jurídica positiva.

Alexy<sup>824</sup> conceitua os direitos fundamentais como sendo aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do direito constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.

<sup>820</sup> Ver: REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

<sup>821</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 9.

<sup>822</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 10.

<sup>823</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 49.

<sup>824</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

José Afonso da Silva<sup>825</sup> entende os direitos fundamentais como as prerrogativas e instituições, reconhecidas pelo direito positivo e informada pela ideologia política, que concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo “fundamentais”, o constitucionalista brasileiro entende que se trata de situação jurídica para a realização e sobrevivência da pessoa humana, que devem ser reconhecidos formalmente e materialmente efetivados.

Para Uadi Lammego Bulos,<sup>826</sup> os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos “inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.”

Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis<sup>827</sup> conceituam os direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”

Apesar de não haver consenso na doutrina sobre a abrangência e amplitude dos direitos fundamentais, o seu núcleo, a sua essência, não está em discussão. Se podemos discutir a abrangência, quais novos direitos são considerados direitos fundamentais, é certo que a sua origem e sua importância para o ordenamento têm pouco espaço para tanto. E a partir desses pontos podemos traçar alguns elementos básicos para a qualificação da fundamentalidade (material) desses direitos: a) a relação criada pelos direitos fundamentais tem como sujeitos o cidadão e o Estado; b) esses direitos têm por finalidade geral proteger e preservar os cidadãos contra o poder estatal. Ou seja, é inerente aos direitos fundamentais uma relação de poder (relação vertical);<sup>828</sup> c) esses direitos cumprem a finalidade específica de defesa e

<sup>825</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 178.

<sup>826</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 521.

<sup>827</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46

<sup>828</sup> Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilística**, a. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 16 jun. 2019; e CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. É necessário observar que há severas críticas à denominação “eficácia horizontal”, haja vista a eficácia entre particulares ocorrer em situações em que há uma desigualdade, uma relação de poder (vertical). Assim, alguns autores preferem utilizar a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou mesmo “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”.

instrumentalização;<sup>829</sup> d) sua posição no sistema jurídico é definida pela supremacia constitucional (fundamentalidade formal).<sup>830</sup>

Além dos elementos básicos demonstrados acima, não se pode olvidar que os direitos fundamentais são uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>831</sup> Conforme ensina Paulo Otero,<sup>832</sup> a evolução histórica da tutela da pessoa humana decorre da concepção de que o ser humano é um fim em si mesmo, bem como passa a ser a justificativa (legitimidade) e a razão do Estado e do Direito. Este Estado, pautado e legitimado pela proteção dos direitos do ser humano, é o resultado de três contributos filosóficos político-constitucionais: a) “a ordem axiológica judaico-cristã e os desenvolvimentos que têm sido efectuados pela Doutrina Social da Igreja”; b) a filosofia kantiana,<sup>833</sup> na qual o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser visto como um objeto ou meio de algo; c) a influência da filosofia existencialista, “sublinhando que se trata sempre da dignidade de cada pessoa viva e concreta, e não do ser humano como categoria abstrata.”<sup>834</sup>

A positivação dos direitos fundamentais tem por objetivo incorporar a esfera axiológica dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo no ordenamento jurídico. Se o fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, a Constituição passa a ser a sua fonte de validade. A positivação é essencial para garantir a proteção sob a forma de

<sup>829</sup> Conforme Uadi Lammêgo Bulos, os direitos fundamentais cumprem as finalidades de defesa e de instrumentalização. “Como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os poderes públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos. (...) Nos postos de direitos instrumentais, consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela). (...) A finalidade instrumental das liberdades públicas permite ao particular reivindicar do Estado: a) cumprimento de prestações sociais; b) proteção de atos contra terceiros; c) tutela contra discriminações” BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 513.

<sup>830</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46-47. Uadi Lammêgo Bulos afirma que “o fundamento “dos direitos fundamentais reside na proteção da dignidade da pessoa humana, sendo a constituição a sua fonte de validade.” BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 521.

<sup>831</sup> A dignidade da pessoa humana tem origem na doutrina de Santo Tomas de Aquino, com a concepção de igualdade dos homens perante Deus. Ver: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais); e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>832</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009. (Vol. I). p. 526.

<sup>833</sup> Ver: KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Coimbra: Textos Filosóficos, 2014.

<sup>834</sup> Paulo Otero afirma ainda que “Identificada a pessoa humana como o sujeito, o princípio e o fundamento do sistema jurídico e político da sociedade, encontrando-se na luta do homem pelo reconhecimento da sua humanidade e da humanidade dos seus semelhantes o sentido último da História, a expressão ‘Estado de direitos fundamentais’ revela-se demasiado ampla e vaga: a essência do Estado não está em garantir ou permitir a efetivação de direitos a quem não é pessoa humana, tal como sucede com as pessoas coletivas (públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, internas ou externas), antes se encontra essa essência na garantia dos direitos do ser humano. É em torno da pessoa humana que a sociedade se estruturou, o Estado encontra justificação e o Direito tem o seu referencial axiológico.” OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009. (Vol. I). p. 526-527.

normas constitucionais (regras e princípios);<sup>835</sup> caso contrário, os direitos fundamentais serão apenas “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até mesmo, mera retórica política.”<sup>836</sup> Contudo, se a positivação do direito fundamental é indispensável para garantir a sua proteção, bem como concretização, não se pode considerar como fundamental qualquer direito previsto em norma constitucional. É necessário observar se o seu conteúdo condiz com a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, bem como o resultado da sua construção histórica. E ainda: a fundamentalidade material será determinante para reconhecer os direitos fundamentais implícitos no ordenamento constitucional e admitidos expressamente a sua existência em razão da cláusula aberta, prevista no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal Brasileira.<sup>837</sup>

A previsão dos direitos fundamentais em normas constitucionais está associada à sua fundamentalidade formal e tem por consequência quatro dimensões: a) as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) elas passam a constituir limites formais e materiais da reforma constitucional; c) a sua vinculatividade imediata, prevista no art. 5º, parágrafo 1º, da CFB/88, e no art. 18º/1 da CRP, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos do legislativo, executivo e judiciário.<sup>838</sup>

### 5.2.3 A estrutura normativa dos direitos fundamentais<sup>839</sup>

#### 5.2.3.1 A tutela subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

<sup>835</sup> Não podemos esquecer que o art. 5º, parágrafo 2º, da CF/88, estabeleceu uma cláusula aberta dos direitos fundamentais, de forma a proteger os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e pelos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>836</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

<sup>837</sup> Nesse sentido, Ingo Sarlet conceitua direitos fundamentais como “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

<sup>838</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>839</sup> As bases deste item foram discutidos pelo autor no trabalho “**A Titularidade De Direitos Fundamentais Pelas Pessoas Jurídicas De Direito Público**”, decorrente do Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

De acordo com o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a adoção desses direitos em uma esfera constitucional caracteriza-se por ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição. Do ponto de vista material,<sup>840</sup> todo direito fundamental tem natureza constitucional, possibilitando, assim, a abertura sistêmica da constituição.<sup>841</sup>

Em uma perspectiva inicial, os direitos fundamentais<sup>842</sup> podem ser entendidos como a relação de direitos públicos subjetivos de pessoas (cidadãos e pessoa jurídica) – e coletividade – oponíveis em face do Estado (perspectiva jurídico-subjetiva). Os direitos fundamentais objetivam conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, “em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado.”<sup>843</sup> Ou seja, aquilo que para o cidadão constitui um direito, para o Estado constitui uma obrigação.

Como posição subjetiva<sup>844</sup> de titularidade dos cidadãos,<sup>845</sup> os direitos fundamentais reconhecem deveres jurídicos ao Estado que devem ser concretizados de acordo com as balizas

---

<sup>840</sup> Os direitos fundamentais podem ser entendidos como formal e materialmente constitucional. Os direitos formalmente constitucionais são aqueles que são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional (normas que têm a forma constitucional). Por outro lado, os direitos fundamentais materialmente constitucionais são aqueles que apesar de não estarem formalmente na constituição, são reconhecidos e protegidos como direitos fundamentais através dos princípios, da própria concepção de Constituição dominante, da ideia de direito, do sentimento jurídico coletivo, ou seja, através do sentido da Constituição material do Estado.

<sup>841</sup> Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; e MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

<sup>842</sup> Segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, os direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 9.

<sup>843</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

<sup>844</sup> O estudo da teoria do direito subjetivo público está imbrincada com a noção de “relação jurídica”, que é relação intersubjetiva disciplinada pelo ordenamento jurídico, através de suas normas, em que há o estabelecimento de direitos e deveres para as partes. Ou seja, um fato social, que ao ser regulado (sentido amplo) pelo ordenamento jurídico, através de suas normas, estabelece uma relação intersubjetiva entre duas ou mais pessoas ao criar direitos e deveres. Conforme Miguel Reale, para a relação jurídica, há dois requisitos: primeiro, “uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas.” Segundo, “que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de forma que defluam consequências obrigatórias no plano da experiência.” A relação jurídica, na qualidade de função, “é disciplina, regulamento dos interesses vistos na sua síntese: é a normatividade que constitui a harmonização das situações subjetivas. Ela apresenta-se como o ordenamento do caso concreto”. REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.

<sup>845</sup> Conforme afirma Jorge Miranda, “a Teoria dos direitos subjetivos públicos é tanto um esforço de explanação sistemática dos direitos das pessoas perante as entidades públicas (e das próprias entidades públicas), adequada ao estágio de então do direito da Alemanha, como uma reação contra o Direito natural. (...) Segundo ela (A Teoria dos direitos subjetivos públicos), só o Estado tem vontade soberana e todos os direitos subjetivos públicos fundamentam-se na organização estatal. Mas enquanto Gerber considera esses direitos um mero reflexo do Direito objetivo e um limite do poder do Estado, já Jellinek os analisa a partir de uma ligação específica entre os indivíduos e o Estado, em termos do estatuto” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra,

estipuladas por aqueles direitos, seja ao não intervir em um espaço delimitado como direito subjetivo do cidadão seja através de prestações que irão beneficiar os cidadãos.<sup>846</sup>

O direito subjetivo, previsto pela norma de direito fundamental, se manifesta em uma relação trilateral: o titular do direito (cidadão, pessoa jurídica ou coletividade), o destinatário (Estado) e o objeto (bem tutelado). Dessa relação, caso o destinatário não cumpra com o seu dever em relação ao titular, nasce a pretensão de buscar no judiciário a sua tutela. Georg Jellinek formulou uma tripartição dessa relação: primeiramente, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal, que consistem no direito de resistência ou pretensão de resistência à intervenção estatal (direitos de 1ª dimensão). Segundo Ingo Sarlet, o “*status negativus*” de Jellinek deve, portanto, ser encarado mais propriamente como um status negativo dos direitos fundamentais, no qual a liberdade é concebida como liberdade de qualquer intervenção inconstitucional, em outras palavras, as liberdades e os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador.

Em segundo lugar, direitos de *status positivus* ou a prestações, consistentes nos direitos sociais, possibilitando aos cidadãos exigirem do poder público um comportamento positivo que acarrete uma melhoria nas suas condições de vida, através de políticas públicas (direitos de 2ª e 3ª dimensão). Na dimensão objetiva dos direitos sociais ou direitos a prestações estatais há duas espécies: podem ser direitos a prestações materiais – que consistem no oferecimento de bens e serviços não prestados pela iniciativa privada e, também, no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública); e, por outro lado, podem ser direitos

---

2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 63-64. O autor português complementa, “para Jellinek, cada direito subjetivo atesta a existência de um ordenamento jurídico, pelo qual é criado, reconhecido e protegido. É, pois, o ordenamento objetivo de Direito público que constitui o fundamento do direito subjetivo público. Qualquer direito público existe no interesse geral, o qual é idêntico ao interesse do Estado. Só como membro do Estado o homem é, em geral, sujeito de Direito.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 64.

<sup>846</sup> É necessário observar que alguns autores entendem que não é possível falar em direitos sociais do ponto de vista subjetivo. O filósofo chileno Fernando Atria afirma que a noção de direito remonta à ideia de direito subjetivo. E, por isso, a noção de direito social é uma contradição em termo, bem como pautar essa ideia na solidariedade é desnaturalizar esta. Ver: ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603159.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Outros autores entendem que os direitos sociais são apenas expectativas de direito que são conformadas através de normas infralegais, e que a criação destas é que criam os direitos subjetivos aos cidadãos. Ver: COUTINHO, Luis Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. **Revista Direito e Política**, n. 1, out./dez., 2012; e COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais como compromissos. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 3, p. 86-98, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 15 maio 2019. Ver também o as anotações de José Melo Alexandrino, nomeadas “Notas sobre uma concepção dos Direitos Fundamentais Sociais”, que consiste em tópicos preparados para o Debate sobre Direitos Sociais, realizado na Universidade de Lisboa em 2 de Março de 2012. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Notas-sobre-uma-concepcao-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2019.

a prestações normativas (ações normativas positivas), ou seja, direitos a criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais, coletivos e difusos.

E, por último, os direitos de *status activus* ou políticos ou de participação, referente à possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa.

Na proposta formulada por Robert Alexy,<sup>847</sup> a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais apresenta o seguinte tripé: a) direitos a qualquer coisa, o que englobaria tanto os direitos de defesa e os direitos a prestações; b) liberdades, no sentido de negação de exigências e proibições; c) os poderes estatais para concretizar os direitos fundamentais, mais especificamente se refere as competências e as autorizações.

Os direitos fundamentais não se limitam à posição jurídico-subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, mas também constituem decisões axiológicas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, a fornecer diretrizes de atuação de todos os poderes e irradiar por todo o ordenamento jurídico. Podemos dizer, assim, que a perspectiva jurídico-objetiva confere função autônoma às normas que preveem direitos subjetivos fundamentais, em face de reconhecer (i) os direitos fundamentais como valores presentes na sociedade, bem como (ii) reconhecer os direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. O Estado Democrático de Direito reconhece os direitos fundamentais como a sua base/essência, de forma a impor limites ao poder e ter a concretização desses direitos como a diretriz de atuação de todos os poderes. Dessa forma, do ponto de vista objetivo, os direitos fundamentais condicionam diferentes alcances aos destinatários quanto ao conteúdo e objeto.<sup>848</sup>

A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais apresenta os seguintes desdobramentos: a) eficácia irradiante dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais, como valores consagrados na Constituição, fornecem impulsos e diretrizes para a atuação dos órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como a necessidade de a interpretação das normas terem como base os direitos fundamentais, a qual é, pois, uma decorrência da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição; b) deveres de proteção: ao Estado incumbe zelar, inclusive preventivamente pela proteção dos direitos fundamentais contra agressões não só do Estado, mas também de terceiros, seja particulares seja outros Estados; c)

<sup>847</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>848</sup> Conforme Gilmar Mendes, a dimensão objetiva “reconhece deveres de proteção do Estado, de forma que a esse cabe zelar, pontual e preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Essa proteção, que não se limita ser contra os poderes públicos, se estende contra agressões advindas de particulares e, até mesmo, de outros Estados. Tal incumbência obriga o Estado a adotar medidas positivas das mais diversas naturezas, com o objetivo de proteger o real exercício dos direitos humanos.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

função axiologicamente vinculada: os direitos fundamentais são normas que incorporam no ordenamento jurídico uma esfera de valores da sociedade e decisões essenciais do legislador constituinte originário, de forma a vincular não só o Estado mas toda a comunidade a essa esfera axiológica. Dessa forma, os direitos fundamentais atuarão também como parâmetro do controle de constitucionalidade das demais normas do ordenamento jurídico; d) função objetiva reflexiva de todo direito fundamental subjetivo: ao estabelecer um direito subjetivo de defesa do indivíduo em face do Estado, os direitos fundamentais, por outro lado, estabelece uma competência negativa ao Estado em relação ao seu objeto, de forma a subtrair do Poder Público a possibilidade de disposição sobre esse núcleo fundamental.<sup>849</sup>

### 5.2.3.2 Direitos fundamentais e deveres fundamentais

Os deveres fundamentais apresentam-se de forma simétrica aos direitos fundamentais, com o pressuposto de separação entre o Estado e a sociedade e uma relação direta e imediata de cada pessoa com o poder político.<sup>850</sup> Como já abordado, do ponto de vista da relação jurídica subjetiva, o reconhecimento de direitos fundamentais ocasiona, por outro lado, um reconhecimento de um dever para o Estado, qual seja, a concretização, positiva ou negativa, daquele direito.

Conforme ensinam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,<sup>851</sup> cabe observar que a Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece como dever fundamental do cidadão, o voto obrigatório (art. 14, § 1º, CF/88) e o serviço militar obrigatório (art. 143, CF/88).<sup>852</sup> Essas hipóteses não podem ser abrangidas além das previstas expressa e implicitamente na Constituição,<sup>853</sup> sob pena de realizar uma interpretação extensiva de forma a limitar direitos dos

<sup>849</sup> Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 144 e ss.

<sup>850</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 84-85.

<sup>851</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 325 e ss.

<sup>852</sup> Casalta Nabais entende, ainda, que a obrigação de pagar tributos é um dever fundamental do cidadão. Ver: NABAIS, Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em : < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf> >. Acesso em 18 de julho de 2015.

<sup>853</sup> Conforme Casalta Nabais, há uma lista fechada dos deveres fundamentais: “Isto é, apenas podemos considerar como deveres fundamentais, entre os que o possam ser de um ponto de vista material ou substancial, aqueles que figurem, de maneira expressa ou implícita, na constituição.” NABAIS, Jose Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 15 maio 2019.



cidadãos. Isso porque, conforme ensina Jorge Miranda, a prescrição de deveres equivale em permitir a intervenção do Estado, o que implica em limites e restrições de direitos.<sup>854</sup>

Se pode, então, questionar se, na relação jurídica fundamental, a imposição de deveres constitucionais aos cidadãos corresponde, por outro lado, ao estabelecimento de direitos fundamentais ao Estado. Apesar do adjetivo “fundamental” estar atrelado ao vocábulo “direito e deveres”, não é possível, nestes casos acima, falar em direito fundamental do Estado, haja vista esses deveres fundamentais dos cidadãos serem deveres autônomos,<sup>855</sup> que criam, na mesma medida, uma obrigação ao Estado de fazer o particular cumprir o seu dever, e não um direito fundamental subjetivo ao Estado. Se não fosse assim, poder-se-ia entender que o Estado, como titular desse direito subjetivo, poderia exercer ou não o seu direito. No entanto, o princípio da indisponibilidade do interesse público<sup>856</sup> veda essa hipótese, de forma a obrigar o Estado a atuação em determinado sentido – seja na cobrança do tributo seja sancionando o particular que não votou ou não realizou o alistamento militar –, sem poder se imiscuir das suas obrigações legais.

#### 5.2.3.3 Direitos fundamentais e tarefas públicas

Conforme explanado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, um dos desdobramentos dessa perspectiva objetiva é a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Esta consiste na penetração dos valores consagrados na Constituição por todo o ordenamento jurídico e no fornecimento de impulsos e diretrizes para a atuação dos órgãos dos poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dessa forma, a vinculação do Estado aos direitos fundamentais tem por consequência o estabelecimento do dever de sua concretização, observado, dessa forma, no estabelecimento de tarefas públicas a serem executadas pelo ente político. As tarefas públicas têm, portanto,

<sup>854</sup> “Por isso, a sua interpretação e a sua aplicação não podem fazer-se em termos idênticos aos da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais e requerem particularíssimos cuidados” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 85.

<sup>855</sup> Casalta Nabais qualifica os deveres fundamentais como “posições jurídicas passivas (não activas), autónomas (face aos direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoa colectivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação).” NABAIS, Jose Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>856</sup> Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da indisponibilidade do interesse público, ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é o princípio basilar do regime jurídico administrativista. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69 e ss.

como destinatário o Estado e objetivam a vinculação dos seus órgãos à concretização de direitos fundamentais, notadamente em matéria de organização econômica ou social, política ou administrativa.

Nesse sentido, os direitos fundamentais dos cidadãos implicam, por outro lado, em o dever de o Estado buscar a sua concretização. Assim, o ente político assume diversas funções públicas com vistas a materializar aqueles direitos, o qual ocorrerá através das tarefas públicas.<sup>857</sup> Ou seja, se a Administração Pública assume posição como sujeito da relação jurídica administrativa na prestação do serviço de segurança pública, de modo que o particular tem o direito e expectativa da atuação estatal; esta ocorre através de tarefas públicas.

#### 5.2.3.4 Direitos fundamentais e poderes administrativos

Os direitos fundamentais não se confundem com os poderes administrativos. Estes consistem em prerrogativas estatais indispensáveis para a persecução do interesse público. Ou seja, atuam como um instrumento, um meio, concedido pelo ordenamento jurídico, com vistas a que o ente público possa concretizar a sua finalidade específica prevista pelo ordenamento jurídico.

Os poderes administrativos correspondem a prerrogativas inerentes ao exercício da atividade administrativa, dentro do limite legal (princípio da legalidade) com vistas a atingir uma finalidade específica. Não esquecer que os poderes administrativos só podem ser exercidos com observância ao princípio da legalidade, haja vista este corresponder a uma garantia fundamental do cidadão, que objetiva evitar o abuso do poder pelo ente político, no exercício do seu direito.

Não se pode, portanto, afirmar que o poder administrativo é um direito do ente político. Pelo contrário, ele consiste em um instrumento (meio) possibilitado pelo ordenamento para que este possa alcançar a sua finalidade. Dentre as finalidades está a concretização dos direitos fundamentais.<sup>858</sup>

#### 5.2.4 A Segurança como Direito Fundamental

---

<sup>857</sup> Ver MIRANDA, João. **A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares**. Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

<sup>858</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A primeira vez que o texto constitucional previu a expressão “segurança pública” foi na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. O art. 16, inc. V, desta norma fundamental dispôs que, como competência legislativa da União, disciplinar sobre “(...) o bem estar, a ordem, a tranquilidade e à segurança pública (...)”. Mais a frente, o art. 122, 15, “a”, possibilita a lei a realizar censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação, com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública.

A Constituição Federal de 1967 não trazia expressamente o termo “segurança pública”, assim como a Constituição Federal de 1946. Aquela Constituição, em seu art. 13, § 4º, dispunha que os Estados deveriam se organizar e se reger pelas Constituições e pelas leis que adotassem, respeitados, além de outros, os princípios previstos na Constituição Federal, ficando sob responsabilidade das polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal etc.

Na Constituição Federal de 1946, o art. 183 dispunha que era de responsabilidade das polícias militares, considerada a força auxiliar/reserva do Exército, a missão de garantir a segurança interna e manter a ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal.

Ao contrário das anteriores, a Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo específico para tratar da segurança pública.<sup>859</sup> O art. 144 da Norma Fundamental atual previu a segurança pública em seu art. 144, Capítulo II, Título V, configurando-a como responsabilidade de todos e dever do Estado. Por outro lado, houve uma ampliação do rol na positivação dos direitos fundamentais, o qual passou a englobar também o direito à segurança pública.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 já aborda a “segurança” desde o seu preâmbulo. De acordo com esta norma, os representantes do povo brasileiro reuniram-se para instituir um Estado Democrático, com a finalidade de

Assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na *harmonia social* e comprometida, na *ordem interna* e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*.

---

<sup>859</sup> Com a Constituição Federal de 1988, passou-se a diferenciar a segurança nacional da segurança pública, em que a primeira é voltada para as ameaças externas à soberania nacional e defesa do território e a segunda referente à manifestação da violência no âmbito interno. FREIRE, Moema Dutra. **Acesso à Justiça e Prevenção à violência: Reflexões a partir do projeto Justiça Comunitária**. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://bdt.dce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=475](http://bdt.dce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=475)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

De igual modo, a Constituição Portuguesa de 1976, prevê, em seu art. 27.º, n. 1, que “todos têm direito à liberdade e à segurança.” Com isso podemos extrair, desde já, que a segurança consiste em um dos valores supremos da sociedade brasileira e portuguesa, além de que a sua atuação deve ocorrer de forma preventiva, vez a necessidade de encontrar soluções pacíficas e com fundamento na harmonia social.

A segurança, na Constituição Federal de 1988, está positivada como um direito fundamental de 1º dimensão. O Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em seu Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, dispõe em seu artigo 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, *garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.*”

O art. 5º da CF/88 dispõe sobre direitos individuais, ou seja, sobre os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. A segurança, por sua vez, dentro dessa perspectiva é vista como um direito (subjetivo) do cidadão, especificamente relacionado à segurança individual, o qual clama por uma atuação negativa do Estado, com o dever de agir, apenas, para evitar que os demais direitos sejam feridos e/ou usurpados, tal como a sua vida, liberdade e/ou propriedade. O direito à segurança está positivado como um direito fundamental de 1ª dimensão, cujos titulares são os cidadãos brasileiros e os estrangeiros residentes no país; o destinatário é o Estado e o bem jurídico tutelado é a vida, liberdade e propriedade daqueles. Por outro lado, a segurança pública constitui um dever estatal, cujo exercício depende dos seus órgãos competentes e em estrita obediência não somente aos direitos como também às garantias fundamentais.<sup>860</sup>

Nesse sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros,<sup>861</sup> afirmam que “*a Administração Pública posiciona-se perante os particulares como sujeito de relações jurídicas administrativas* e a actividade de polícia que desenvolve, não só vai para além da segurança interna, como não modifica essa sua posição constitucional. Tal actividade, toda ela, independentemente da natureza jurídica que venham a revestir suas concretizações, só tem justificação enquanto orientada em função do ‘fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições da polícia.’” (grifos do autor)

---

<sup>860</sup> Da mesma forma, Aline Klein entende que “A segurança é um direito fundamental, uma condição de exercício das liberdades e da redução das desigualdades. Por outro lado, consiste em um dever do Estado zelar pela proteção das pessoas dos seus bens e das prerrogativas de cidadania em todo o território nacional” KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 250.

<sup>861</sup> MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 674.

A segurança também se caracteriza como direito fundamental de defesa. Neste, há uma imposição do Estado de abstenção, de não interferência na autodeterminação dos indivíduos. Os direitos de defesa, ademais, “oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação, apreciada como imprópria, do Estado”.<sup>862</sup> Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>863</sup>

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais de defesa se erigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições. Na esteira destas considerações, importa consignar, que esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.

Nesse sentido, o direito à segurança está positivado ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>864</sup> Esta Declaração, em seu art. 3º dispõe que “*Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.*”

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, 1948, dispõe, em seu capítulo primeiro, artigo I, que “*todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.*” Apesar de prever a segurança como direito fundamental, no artigo XXVIII, afirma que “Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático.” Ou seja, a segurança é, ao mesmo tempo, um direito fundamental, mas também uma limitação ao direito fundamental de outrem, quando na finalidade de atingir a segurança de todos.

O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos prevê, em seu artigo 9º, 1, que “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”. Mais a frente, da mesma forma que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, estabelece em seu artigo 12.3 que os direitos não poderão ser restringidos, salvo no intuito de proteger a ordem pública, os direitos e liberdades das demais pessoas.

<sup>862</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 168.

<sup>863</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 168.

<sup>864</sup> Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

Ressalta-se que este Pacto foi internacionalizado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. De acordo com este Decreto, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos “será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (art. 1º).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê em seu art. 7º.1 que “*toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais*”. E ainda: “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” (art. 7.2), bem como estabelece que os direitos fundamentais só podem ser restringidos por lei e desde que necessário para a proteção da segurança e ordem pública ou garantir os direitos e liberdades das demais pessoas (art. 7.3, art. 13.2.”b”, art. 15, art. 16.2, art. 22.3 e art. 32.2).

Observa-se que os tratados internacionais, para possuir validade dentro do ordenamento jurídico pátrio, deve ser internalizado, através dos parâmetros e aberturas previstos dentro do próprio ordenamento, especificamente a Constituição Federal. No caso brasileiro, o art. 5º, parágrafo 2º,<sup>865</sup> da Carta Magna, prevê uma cláusula aberta<sup>866</sup>, em que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não exclui os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. No parágrafo seguinte (§ 3º) do art. 5º, a Constituição Federal de 1988 prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo rito de criação das emendas constitucionais, terão “*equivalência às emendas constitucionais*”.

Não obstante os dispositivos legais, a doutrina diverge quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais, em que o Brasil aderiu e não observou o rito processual previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da CF/88. As teses mais aceitas são: (a) os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos em que o Brasil aderiu até a promulgação da EC 45/04 - acrescentou o parágrafo 3º no art. 5º da CF – têm caráter constitucional, de forma a estar inserido no bloco de constitucionalidade: ou porque foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, se a adesão se deu antes da promulgação da Constituição, ou por força da cláusula aberta do art. 5º, § 2º, CF/88,<sup>867</sup> se a adesão ocorreu entre a promulgação da CF de 1988 e a promulgação

---

<sup>865</sup> “Art. 5. (...)”

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(...)”

<sup>866</sup> Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>867</sup> “Art. 5º. (...)”

daquela EC. Os principais defensores dessa vertente são Antônio Cançado Trindade<sup>868</sup> e Flávia Piovesan<sup>869</sup>; (b) os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos que não passem pelo rito processual previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da CF/88,<sup>870</sup> têm natureza infraconstitucional e supralegal. Isso implica observar que, dentro da hierarquia normativa, os tratados internacionais sobre direitos humanos só estão abaixo da Constituição. Este foi o entendimento adotado Supremo Tribunal Federal no RE 466.343 e na Súmula Vinculante nº 25.<sup>871</sup>

Por fim, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 7.030/09, em seu artigo 27, dispõe que *“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”*

Com relação ao art. 6º, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, dentre os direitos sociais, a “educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(...)”

<sup>868</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

<sup>869</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas Global, Regional e Sul-Americano. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.** Coimbra: Coimbra, 2012. p. 760. (Volume III).

<sup>870</sup> “Art. 5º. (...)

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

(...)”

<sup>871</sup> “Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.” O Supremo Tribunal Federal afirmou que é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha afirmado de forma expressa, no art. 5º, inc. LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo (...) a do depositário infiel”, para o Supremo o dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ‘Pacto de San José da Costa Rica’, de 1969, ao afirmar que “ninguém deve ser detido por dívidas”, tem o “condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 466.343. Voto do Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 3 dez. 2008. Publicação em: 5 jun. 2009.

Nesse sentido, conforme a decisão do STF, não obstante o caráter infraconstitucional e supralegal dos Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos, a “previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria” (RE 466343). O caráter supralegal dessas normas internacionais paralisaria a eficácia da legislação com ela conflitante e, portanto, “não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 466.343. Voto do Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 3 dez. 2008. Publicação em: 5 jun. 2009. Em outra oportunidade, o Supremo reafirmou o seu entendimento: o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional em matéria de direitos humanos, não admite a prisão civil do depositário infiel. E em razão da sua natureza supralegal, “torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de ratificação” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 95.967. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 11 nov. 2008. Publicação em: 28 nov. 2008. Dessa forma, não estaria mais admitido a possibilidade de prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro (HC 95967).

*segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância” e a assistência aos desamparados. Neste dispositivo, cujo *status* é positivo, há um dever fundamental do Estado na prestação de serviço público de segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da sociedade. Assim, se a coletividade passa a ser o sujeito ativo desse direito fundamental e o Estado, o destinatário; o bem jurídico tutelado, é a ordem pública.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal<sup>872</sup> afirmou que

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

Lincoln D’Aquino Filocre<sup>873</sup> afirma que o direito à segurança pública é “o direito básico dos indivíduos de, postos no contexto social, sentirem-se seguros e exercerem a sua liberdade e que tem duas vertentes: a segurança jurídica e a segurança material.” Assim, esse direito confere ao indivíduo e à toda sociedade a prerrogativa de exigir do Estado que a segurança pública lhe seja oferecida e efetiva e eficientemente prestada, tal como qualquer serviço público.

Miguel Nogueira de Brito<sup>874</sup> entende que há uma subjetivização do direito de polícia.<sup>875</sup> Os cidadãos teriam verdadeiros direitos subjetivos em sua relação com as autoridades policiais: a polícia não responde apenas perante a comunidade, objetivamente, vez que aqueles teriam direito a uma decisão correta do poder público, no caso quando aos pressupostos do “se”

<sup>872</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 559.646 AgR. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 7 jun. 2011. Publicação em: 24 jun. 2011. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. ARE nº 654.823. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 12 nov. 2013. Publicação em: 5 dez. 2013.

<sup>873</sup> FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 62.

<sup>874</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 299.

<sup>875</sup> O autor ensina que “são apontados vários fundamentos para esta subjectivização do direito de polícia: a própria dinâmica interna do conceito de probabilidade que está subjacente à verificação de um perigo; a necessidade de reagir aos desenvolvimentos técnicos e científicos das sociedades modernas, que trazem não só níveis antes desconhecidos de bem-estar, mas também elevados de perigo (...) seja como for, não é possível negar que um conceito subjectivo se mostra mais conforme a uma jurisprudência e a uma doutrina cada vez mais sensíveis a um método jurídico em que a ponderação dos princípios valores e interesses ocupa um lugar central” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 299/301.



e “como” a medida da polícia<sup>876</sup> será adotada, bem como a uma intervenção policial, a depender da situação.

Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>877</sup> anotam que

“hoje também é discutido se, e em que condições, os cidadãos podem ter um direito à actuação da polícia, seja ela positiva ou negativa e dirija-se, ou não, contra pessoa determinada. Atenta a posição constitucional dos cidadãos baseada nos direitos fundamentais face aos outros poderes públicos, em particular, o dever de protecção que aqueles fundam e a que corresponde com especial relevo no domínio da polícia, de lado activo, o direito à segurança consignado no art. 27.º, n.º 1, da Constituição, tal possibilidade não pode ser negada. (...) De resto, como nota Vasco Pereira da Silva, é a própria Constituição que no artigo 272.º, n.º 1, determina como uma das funções da polícia a garantia dos direitos dos cidadãos, pelo que ‘as normas do direito de polícia, interpretadas à luz da Constituição, também têm por objectivo a defesa dos interesses individuais e podem fundamentar a existência de direitos subjectivos dos privados.’”

Para a concretização desses direitos fundamentais, o qual exige uma prestação estatal - actuação positiva -, faz-se necessário a restrição de direitos fundamentais de outrem, especificamente um direito de defesa.<sup>878</sup> Deste modo, é inerente à convivência pacífica da sociedade o conflito de interesse entre a segurança pública e a liberdade individual. Não obstante a primeiro turno possa parecer em uma restrição à liberdade individual para a actuação ativa e repressiva para manutenção da ordem pública, não há como garantir liberdade para prática de ilícito.<sup>879</sup> O que há, neste caso, são as garantias fundamentais do cidadão que devem

<sup>876</sup> Segundo o autor, este conceito abarca todos “os actos, jurídicos e materiais, genéricos e concretos, que dizem respeito à prossecução de actividades policiais de um ponto de vista material.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 415.

<sup>877</sup> MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 651. p. 565/566. Os autores complementam com o seguinte posicionamento: “Em determinadas circunstâncias que afectem de modo particular certos cidadãos podem, na verdade, verificar-se uma redução da discricionariedade de decisão e, eventualmente, da discricionariedade de escolha próprias da polícia até o limite da sua eliminação no caso concreto. Trata-se de situações em que, estando em causa uma acto que envolve a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, a apreciação do caso concreto permite identificar apenas uma solução como legalmente possível (cfr. o artigo 71.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Nesses casos a polícia fica, na medida de tal redução, obrigada a agir e aqueles cidadãos têm, em igual medida, uma pretensão contra a entidade que exerce as funções policiais relativamente ao exercício das mesmas.”

<sup>878</sup> Gilmar Mendes afirma que os direitos fundamentais à prestação traduzem-se numa acção positiva do Estado, conferindo-lhes “peculiaridades estruturais, em termos de níveis de densidade normativa, que os distinguem dos direitos de defesa, não somente quanto à finalidade, mas, igualmente, quanto ao seu modo de exercício e à eficácia” MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 247.

<sup>879</sup> Robert Alexy argumenta que, estabelecido que – e em qual sentido – se pode falar em “restrição a direitos fundamentais”, é necessário indagar o que são tais restrições. Nas palavras do jurista alemão, “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições prima facie garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a protecção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a protecção mais ampla possível da liberdade geral de acção da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição prima facie garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos são normas que

ser observadas no decorrer dessa atuação restritiva. Diferentemente ocorre quando estamos a falar da atuação preventiva da segurança pública, a qual é necessário muito mais cautela na atuação estatal sob o julgo de cometer ato ilegal, vez a inexistência, a priori, de atividade ilícita, senão a necessidade de comprovação de fortes indícios do seu cometimento, de modo que se inclui na ideia de perigo,<sup>880</sup> o qual a segurança pública visa afastar de igual maneira.

Nesse conspecto, a Constituição Portuguesa de 1976, ao dispor sobre esse conflito entre liberdade e segurança, enuncia que, apesar de a liberdade e a segurança serem direitos fundamentais de todas as pessoas (art. 27.º, n. 1), “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.” (art. 27.º, n. 2). O n.º 3 deste artigo demonstra a importância do valor da liberdade e das garantias fundamentais dos cidadãos face à intervenção estatal, quando determina a observância destes e das regras gerais sobre a polícia para a atuação preventiva dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado.

Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>881</sup> observam, ainda, que o n.º 1 do art. 272.<sup>882</sup> delimita que a atuação estatal, na esfera da segurança pública, é desenvolvida no interesse dos particulares e da eliminação dos perigos. Os autores afirmam que a função de polícia de

---

restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Essa resposta tem, contudo, um caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição a direito fundamental.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 281. Robert Alexy ainda classifica as restrições a direitos fundamentais em duas espécies: a primeira, são as restrições diretamente constitucionais, ou seja, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas constitucionais ou em decorrência delas. Assim, as restrições a direitos fundamentais são, na espécie, normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação também é autorizada por normas constitucionais. Segundo o professor alemão, “as restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais. As restrições indiretamente constitucionais, por seu turno, são aquelas que a própria Constituição autoriza que alguém estabeleça. A expressão de competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra seu fundamento nas cláusulas de reserva explícitas, que são disposições constitucionais que expressamente autorizam intervenções ou restrições. Robert Alexy, nesse ponto, ressalta que é preciso distinguir reservas simples de qualificadas: ao passo que, nas primeiras, a competência para estabelecer restrições é ‘pura e simplesmente garantida’; enquanto, no segundo tipo, há uma limitação ao conteúdo da restrição”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286-292.

<sup>880</sup> Ver MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007; BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009; CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), **Dicionário Jurídico da Administração Pública**, Vol. VI, 1994.

<sup>881</sup> MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 651. p. 660.

Nesses casos a polícia fica, na medida de tal redução, obrigada a agir e aqueles cidadãos têm, em igual medida, uma pretensão contra a entidade que exerce as funções policiais relativamente ao exercício das mesmas.”

<sup>882</sup> “Artigo 272.º Polícia

1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.  
(...)”

defender a legalidade democrática significa que as situações de “perigo a neutralizar pela actividade de polícia são aquelas que, ao porem em causa essa mesma legalidade, lesam os interesses protegidos por ela: a violação de normas jurídicas, no seu plano objectivo, implica comportamentos dos cidadãos contrários aos deveres por elas estatuídos e a consequente lesão dos interesses por elas tutelados mediante a imposição de tais deveres.”

O art. 272.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que “As medidas de polícia<sup>883</sup> são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.” Este dispositivo consagra expressamente o princípio da legalidade e o da razoabilidade, ambos garantias fundamentais dos cidadãos, na realização da actividade da polícia.

Acerca deste artigo, Sérvulo Correia<sup>884</sup> ensina que o “n.º 2 acrescenta uma regra de correlação entre os meios e os fins: as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário. Ao que cremos, a primeira parte do n.º 2 do art. 272º, segundo o qual <<as medidas de polícia são previstas na lei>>, deve ser entendida na acepção de que os órgãos e agentes que empregam tais medidas devem ter competência para o efeito nos termos da lei. Um outro entendimento seria o de que as medidas deveriam ser apenas as taxativamente enunciadas na lei. Mas tal sentido iria contra a realidade das coisas, visto que a pluralidade ilimitada de circunstâncias em que perigos para os interesses públicos exigem ações preventivas por parte da Administração não se compadece com a exigência de uma tipificação normativa de todas as possíveis condutas administrativas”

Miguel Nogueira de Brito, por sua vez, defende que a necessidade de tipificação de medida restritiva, através da competência legislativa, depende da intensidade da restrição ao direito fundamental acarretado por esta mesma medida ou das circunstâncias dos casos em que necessita de medidas idênticas.<sup>885</sup> Ou seja, “quanto mais intenso for o carácter restritivo da

---

<sup>883</sup> Observa-se que não se deve confundir as medidas de polícia com as sanções administrativas, embora as de carácter preventivo. Sobre o assunto, Miguel Nogueira de Brito assevera que “enquanto aquelas, como vimos, não pressupõem a culpa do perturbador, estas teriam essa culpa como pressupostos necessários e como escopo castigar ou retribuir um comportamento ilegal do seu destinatário. Mas não é necessariamente assim: algumas sanções administrativas, as de carácter preventivo, não pressupõem também a culpa do seu destinatário nem visam castigar este último, assentando o seu carácter sancionatório unicamente no aspecto formal de constituírem o efeito jurídico previsto numa norma jurídica como consequência de certos pressupostos com o fim de evitar a violação dessa ou de outra norma jurídica. Como antes se afirmou, na esteira do voto de vencido do Conselheiro Sousa e Brito ao Acórdão n.º 160/91 do Tribunal Constitucional, o que distingue as sanções administrativas meramente preventivas das medidas de polícia é, essencialmente, o carácter normativo das primeiras.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 424.

<sup>884</sup> CORREIA, Sérvulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994. p. 395.

<sup>885</sup> Para o professor português, “Uma tipificação exhaustiva de todas as condutas no âmbito da polícia administrativa parece, desde logo, ser essencialmente incompatível com a sua especificidade própria. Para além disso, a verdade

medida e a identidade dos casos em que ocorrem, maior é a exigência de tipificação das medidas.”<sup>886</sup> Assim, o autor entende três graus de determinação normativa da atuação da polícia. No primeiro grau, “existe uma definição mínima dos pressupostos de actuação da polícia, com base numa cláusula geral, sendo que a actuação da polícia é aquela que se revelar apropriada, de acordo com o princípio da proporcionalidade (indeterminação de estatuição)”. No segundo grau, há determinação legal acerca do conteúdo da medida de polícia a ser adotada, mas sem definição dos pressupostos da sua aplicação (indeterminação de previsão). E no terceiro grau, a “lei determina os contornos da actuação das autoridades de polícia como consequência de certos pressupostos normativos, ainda que definidos com base em conceitos indeterminados (determinação normativa).” Desta forma, para o autor, os dois primeiros graus estariam situados nas “medidas de polícia”, as quais podem ser concretizadas através do método de cláusulas gerais e da tipicidade legal, respectivamente.<sup>887</sup> Já o terceiro grau estaria no plano das sanções administrativas preventivas.<sup>888</sup>

---

é que a opção entre a definição das atribuições e competências da polícia através de cláusulas gerais e previsão legal das medidas de polícia não é, necessariamente, uma opção entre segurança jurídica e incerteza. Assim, na Alemanha, onde o método das cláusulas gerais é utilizado, o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar no sentido de considerar que tais cláusulas atestem uma determinabilidade suficiente na perspectiva do princípio do Estado de Direito, uma vez que as mesmas se consolidaram no discurso jurídico. (...) Pelo contrário, em Portugal, onde se exige constitucionalmente a definição legal das medidas de polícia (com o alcance que já iremos ver) é muitas vezes difícil ter uma percepção clara do respectivo elenco.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 367/368.

<sup>886</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 312.

<sup>887</sup> Miguel Nogueira de Brito entende que “enquanto a medida de polícia visa fazer face diretamente ao perigo, o uso da força, em abstracto, apenas indirectamente serve esse mesmo objectivo, uma vez que a mesma medida de polícia pode ser apta a controlar o perigo sem que se torne necessário o recurso à força ou mesmo, eventualmente, através de diferentes tipos de uso da força. Com isto se relaciona a circunstância, já anteriormente referida, de que enquanto as medidas de polícia são, em número considerável de casos, ilimitados quanto ao seu número e natureza, resultando sempre de cada situação de perigo que devem eliminar, os meios coercitivos ao dispor da polícia são apenas os previstos em lei, não podendo a polícia lançar mão de quaisquer outros”. Por outro lado, os meios de execução coerciva de que dispõe a Administração, e em particular as autoridades de polícia, carecem de previsão em lei parlamentar, em virtude, desde logo, do grau de afectação dos direitos, liberdades e garantias que envolvem, de acordo com a designada teoria da essencialidade. Isto é assim, sem sombra de dúvida, nos casos de uso directo da força. Mas também nos casos de imposição de sanções compulsórias e de execução substitutiva se deve entender do mesmo modo.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 428/429.

<sup>888</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 426. O autor complementa da seguinte forma: “Pode até dizer-se que as sanções administrativas preventivas correspondem ao grau máximo de densificação normativa que é possível atribuir às medidas de polícia sem desvirtuar a sua adequação à actividade do controlo de perigos que constitui, como já se viu, a própria base da autonomia dogmática do direito de polícia administrativo. (...) Pode dizer-se que as sanções administrativas preventivas distinguem-se das medidas de polícia em termos apenas de grau e, além disso, ambos os tipos de actuação distinguem-se das sanções administrativas sem sentido próprio, isto é, envolvendo um verdadeiro juízo de censura das pessoas a quem são aplicadas, em termos já verdadeiramente qualitativos.” p. 426/427.

Por seu turno, Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>889</sup> defendem que

“Tais intervenções policiais junto dos cidadãos devem corresponder a um modelo legal que permita determinar o fim específico de intervenção, o seu conteúdo e a sua extensão de modo a que o respectivo destinatário se encontre habilitado a exercer todos os seus direitos de defesa.

Resulta do exposto, que o art. 272.º, n.º 2, da Constituição apenas se refere a determinados modos de actuação concreta da polícia, nomeadamente aqueles que interferem com os direitos e liberdades dos cidadãos, seja restringindo-os, seja interferindo com o seu exercício. Aquele preceito, mesmo em conjugação o n.º 1, não configura uma cláusula geral de actuação policial. Pelo contrário, uma das suas determinações principais é a da necessidade de intermediação legislativa: as medidas de polícia são apenas as que tiverem sido tipificadas na lei, e não quaisquer medidas consideradas necessárias para a prossecução dos fins de polícia previstos no citado n.º 1. Além disso, o mesmo preceito também não menciona quaisquer pressupostos de actuação policial, cabendo à lei determinar as condições em que a polícia pode intervir em vista da prossecução dos seus fins específicos. Assim, como compete igualmente à lei, uma vez verificados tais pressupostos, determinar se a actuação policial deve necessariamente ter lugar ou se os serviços de polícia gozam em tais circunstâncias de discricionariedade de decisão. Relativamente a todas essas questões vale o princípio da legalidade da Administração Pública consignado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição.

Deste modo, a exigência constitucional de tipicidade legal das medidas de polícia representa tão-só uma limitação da discricionariedade de escolha da autoridade que exerce funções de polícia: perante as situações correspondentes aos pressupostos da sua actuação legalmente fixados, a polícia pode, igualmente nos termos da lei, decidir agir ou não agir; mas, a partir do momento em que decida intervir (ou se, nos termos da lei, estiver vinculado a fazê-lo) junto de um particular invadindo a sua esfera jurídica, por exigência constitucional, ela só o pode fazer adoptando um dos comportamentos legalmente tipificados. (...) O que a Constituição prevê é a obrigação de tipificação legal da actuação policial limitadora dos direitos dos cidadãos em ordem a fixar-lhe limites e a permitir a identificação dos meios de defesa correspondentes.

O legislador constituinte procurou salvaguardar simultaneamente a segurança e os direitos dos cidadãos, cometendo a arbitragem entre ambos os legislador: as medidas limitativas daqueles direitos que a polícia pode adoptar são apenas aquelas que o legislador tenha autorizado, e não todas as que os serviços ou agentes da polícia considerem necessárias e ajustadas ao caso.”

---

<sup>889</sup> MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 675/676. Os autores finalizam com o ensinamento de que “o art. 272.º, n.º 2, da Constituição respeita a actuações policiais individuais e concretas que, independentemente da sua natureza jurídica, limitem, por qualquer forma, os direitos dos seus destinatários. Abrangidos estão os actos administrativos que, em vista dos fins de polícia, imponham aos seus destinatários deveres (v.g. ordens ou proibições) ou façam cessar, temporária ou definitivamente, direitos ou faculdades (v.g) suspensão ou revogações). Incluídas estão igualmente as operações materiais que impliquem uma ingerência em bens jurídicos de particulares, nomeadamente lesões da sua integridade física, limitações da sua liberdade de movimentos ou danificação ou afectação dos seus bens pessoais ou materiais. Não são medidas de polícia, por nem sequer se reconduzirem à polícia em sentido material, os actos sancionatórios. Também não são medidas de polícia os regulamentos de polícia, devido ao seu carácter normativo; os actos administrativos de polícia com conteúdo favorável (v.g. as autorizações de polícia), devido ao seu carácter ampliativo; as operações materiais que não interfiram com bens jurídicos dos particulares (v.g. a vigilância de locais abertos ao público, o patrulhamento de ruas ou avisos advertências e comunicações), em virtude de, ou não terem um destinatário individualizado, ou não interferirem ablativamente com os bens jurídicos dos seus destinatários.” p. 680.

O Tribunal Constitucional Português ressaltou no Acórdão n.º 479/94 que a “segurança interna, enquanto actividade circunscrita ao âmbito exclusivo da função policial da Administração e dirigida à defesa dos cidadãos perante os perigos a defesa dos seus direitos subjectivos, há-de assim exercer-se em conformidade com os princípios constitucionais a que aquela função se acha materialmente vinculada, presumindo, todavia, a existência de um quadro normativo, não só de conteúdo organizatório, mas também definidor de regras materiais e processuais necessárias à sua dinâmica concretização.”<sup>890</sup>

Ao nosso sentir, concordamos com a posição de Jorge Miranda e Rui Medeiros. Em virtude do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), entendemos que é salutar e faz-se necessário a adoção através de normativa própria quanto às medidas de polícia, não apenas em relação às oportunidades para agir mas também quanto aos meios possíveis de serem adotados e a extensão dessas medidas. Por outro lado, a norma não tem como prever todas as situações específicas que podem surgir no caso concreto, de modo que a sua disposição deverá adotar conceitos indeterminados em relação à oportunidade (“se”), os quais darão certa liberdade de atuação aos agentes da segurança para agir na situação fática, a partir dos limites previamente traçados na normativa anterior. Já em relação às medidas de polícia, faz-se necessário a sua tipificação através de ato normativo (princípio da legalidade), com fulcro de garantir segurança jurídica não apenas aos agentes da polícia como também à sociedade. E ainda: um instrumento possível e interessante para essas hipóteses é a deslegalização, em que a lei remete aos órgãos técnicos a sua complementação, a partir de critérios da ciência específica da polícia.

Por fim, observa-se que, mesmo que não houvesse a previsão expressa na Constituição Federal brasileira da segurança como direito fundamental, esta natureza lhe seria assegurada em virtude do art. 5º, § 2º, da nossa Constituição.<sup>891</sup> Esta norma admite como direito

---

<sup>890</sup> Neste mesmo julgado, ao discutir se “um cidadão, insuspeito da prática de qualquer crime e em local não frequentado habitualmente por delinquentes, possa ser sujeito a identificação policial, através de procedimentos susceptível de o vir a privar a liberdade, por um período de até seis horas, na base da invocação de razões de segurança interna.” O Tribunal, por sua vez, considerou que uma imposição “há-de considerar-se como uma privação total de liberdade não cabível no quadro das excepções que taxativa e tarifadamente a Constituição prevê. Tem-se por inaceitável o entendimento de que a privação da liberdade assim verificada possa ser entendida como mera restrição da liberdade, implicando tão-só um condicionamento da liberdade ambulatoria dos identificados autorizado no quadro das restrições consentidas pela Constituição em sede de direitos, liberdades e garantias [uma vez que o que está em causa é uma] privação total da liberdade, já que o identificado, durante este lapso temporal, fica circunscrito ao espaço confinado das instalações de um posto policial, de todo impedido de circular e de livremente se movimentar.”

<sup>891</sup> In verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

fundamental não apenas aqueles expressos na norma constitucional, mas também aqueles decorrentes do regime constitucional adotado. Ingo Wolfgang Sarlet<sup>892</sup> afirma que

O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. (...) a abertura do sistema de direitos fundamentais, nas palavras de José de Melo Alexandrino, abrange tanto a previsão expressa de uma abertura de direitos a direitos não enumerados, quanto a dedução de posições jusfundamentais por meio da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a inclusão dos direitos de matriz internacional, bem como a dedução de normas de direitos fundamentais de outras normas constitucionais.

Para Paulo Bonavides, a segurança pública seria uma decorrência do direito à paz,<sup>893</sup> direito fundamental de quinta dimensão.<sup>894</sup> Conforme o autor,

O direito à paz é o direito natural dos povos (e a própria finalidade do direito para Kelsen). Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.<sup>895</sup>

De certa forma, o objetivo do Estado, ao buscar a realização da segurança pública, é a pacificação social, insculpida como princípio, no art. 4º, inc. VI, da CF/88. Apesar deste princípio dispor sobre a regência das relações internacionais, não há óbice na sua aplicação também no plano interno.

A Corte Constitucional Colombiana, no julgamento do expediente nº T-028/94,<sup>896</sup> distingue o direito à paz<sup>897</sup> e o direito subjetivo à tranquilidade. Vejamos

<sup>892</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 86.

<sup>893</sup> A defesa da paz está insculpida como princípio, no artigo 4º, VI, da Constituição Federal de 1988, sob a ótica de que o legislador constituinte a elegeu para o país se estatuir no âmbito das relações internacionais. Conforme Paulo Bonavides, o “reconhecimento universal que lhes deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos” BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008. p. 86.

<sup>894</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008. p. 91.

<sup>895</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008. p. 91.

<sup>896</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Expediente nº T-028/94. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-028-94.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

<sup>897</sup> A Declaração Sobre o Direito dos Povos à Paz, por meio da Resolução n. 39/11, de 12 de novembro de 1984, previu o direito à paz nos seguintes termos: “A Assembleia Geral, reafirmando que o propósito principal das Nações Unidas é a manutenção da Paz e da segurança internacional,

(...)

Reconhecendo que garantir que os povos vivam em paz é o sagrado dever de todos os Estados, 1. Proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à Paz;

*Un ordenamiento constitucional, por naturaleza, mira el interés general. De ahí que la paz, como derecho, supone la relación social, y se manifiesta como la ordenada convivencia bajo la aplicación de la justicia. Por tanto, jurídicamente hablando, es impreciso homologar el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, con el derecho a la tranquilidad de una persona, que es un derecho subjetivo. En el evento de que se perturbe ésta, existen otros mecanismos de defensa, distintos a la tutela, salvo el caso en que se ocasione un perjuicio irremediable. El derecho a la paz, tal como lo consagra la Constitución, en su artículo 22, supone la armonía social inspirada en la plena realización de la justicia.*

*Sería un desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del que hacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados, porque perfectamente puede presentarse el caso de que una exigencia de la paz social, pueda perturbar la tranquilidad de un individuo en particular. Verbi gratia: la obligación de prestar el servicio militar, puede afectar el discurso y tranquilidad subjetivas de una persona, pero no por ello se pierde el vínculo obligacional del individuo hacia el bien común. Por otra parte la tranquilidad individual es un derecho personalísimo, derivado por necesidad del derecho a la vida digna. Si bien es cierto que la tranquilidad tiene una dimensión subjetiva, indeterminable, y por lo tanto imposible de ser objeto jurídico, también es cierto que existen elementos objetivos para garantizar ese bienestar íntimo de la persona, dada la influencia del entorno sobre el nivel emocional propio. A nadie se le puede perturbar la estabilidad de su vivencia sin justo título fundado en el bien común. Y esto obedece a una razón jurisprudencial evidente: el orden social justo parte del goce efectivo de la tranquilidad vital de cada uno de los asociados, de suerte que, al no perturbar el derecho ajeno, se logra la común unidad en el bienestar, es decir, la armonía perfeccionante de los individuos que integran la sociedad organizada, bajo el imperio de la ley, en forma de Estado.*

Não obstante o posicionamento de Paulo Bonavides, entendemos a segurança pública tanto como um direito fundamental de primeira dimensão como um direito fundamental de segunda dimensão, a partir da perspectiva observada. *Data vênia*, não vemos a paz como um “direito”, mas sim como estágio natural ocasionado pelo respeito e concretização dos direitos fundamentais previstos pelo ordenamento jurídico, cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana.

Em suma, quando o indivíduo tem a sua segurança assegurada, ele estará no pleno exercício das liberdades fundamentais e, por conseguinte, há a paz. Portanto, pode-se afirmar que a segurança pública são pré-condições para o desenvolvimento, da paz social e a dignidade da pessoa humana, como explanaremos melhor nos próximos itens.

### **5.2.5 A segurança pública como dever fundamental e responsabilidade de todos**

---

2. Declara solenemente que proteger o direito dos povos à paz e promover sua realização é uma obrigação fundamental de todo Estado;  
(...)”



O Estado Democrático de Direito prevê um regime de liberdades fundamentais. Ele assegura um rol de direitos fundamentais, com natureza jurídica de norma constitucional, aos cidadãos, de modo a dever ser exercido com observância e respeito aos demais membros da sociedade. Por ter o Estado abarcado o monopólio da força, o que implica na obrigação de manter incólume os direitos fundamentais individuais, tornou-se indispensável disciplinar os aspectos da vida social e dotar a Administração Pública de funções e tarefas para restringir o direito e proibir o abuso de autoridade.

O art. 144 da Constituição Federal dispõe que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos. Ao atribuir ao Estado o dever pela segurança pública, a Constituição reconhece-a como serviço público, e direito fundamental do cidadão. Já a definição da segurança também como responsabilidade de todos pode ser interpretada à luz da necessidade de que haja participação social nas políticas públicas relacionadas a esse campo. Adicionalmente, seria possível discutir – objetivo do presente trabalho – quais espaços a sociedade pode ocupar na prestação direta da segurança pública, vez que a responsabilidade não é unicamente estatal. Ora, a sociedade, como responsável, deve ter um papel importante não somente na participação e controle das políticas, como também na prestação desse serviço aos próprios indivíduos. A questão é a existência, legitimidade e limites de ocupação destes espaços.

Para cumprir essa função pública, a Constituição Federal brasileira de 1988 organiza, em seu Capítulo III, a segurança pública. Conforme esta norma legal, a segurança pública é dever do Estado, mas direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim, ela atua através dos seguintes órgãos: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal; Polícia Ferroviária Federal; Polícia Civil; Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militares.

Apesar de ser normal afirmarmos que o “monopólio” da força pertence ao Estado, devemos observar que o constituinte determinou que a segurança pública não é exclusiva do Estado, vez que todos tem responsabilidade pela manutenção da ordem pública e incolumidade dos cidadãos e do seu patrimônio. Portanto, todos os cidadãos são responsáveis pela segurança pública, não apenas a sua própria mas da sociedade como um todo. Dessa forma, ao mesmo tempo que a sociedade tem a segurança pública como um direito, por outro lado, ela é um dever dessa mesma sociedade, normalmente na cooperação com o Estado, o qual mantém o protagonismo dessa função.

Essa previsão normativa, interpretada sob o regime constitucional democrático e republicano, nos faz chegar em entendimento de que o constituinte adotou uma nova concepção.

Não devemos mais buscar um conceito de manutenção da ordem pública sob a perspectiva unicamente estatal na prestação da segurança pública, mas também abrir essa participação à sociedade, de modo que esteja incluída nessa função, como uma parte auxiliar do Estado. Este entendimento ainda privilegiaria e concretizaria um dos objetivos fundamentais da República, previsto no art. 3º, inc. I, da CF/88: a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*.

Segundo Fabretti<sup>898</sup>,

dividido em duas concepções muito distintas: uma visão belicista de segurança, que enxerga o território e os cidadãos como potenciais inimigos da ordem pública e, principalmente, do estado, e a visão de segurança como um “serviço público”, isto é, o cidadão como um ser digno de proteção a ser recebida do estado, afim de manter sua integridade e plenas condições de exercer sua cidadania sem prejuízo causado por terceiros.(...) a Constituição não optou expressamente por nenhum dos dois modelos, pois, se por um lado concebeu a segurança pública como ‘um direito e responsabilidade de todos’ que tem por finalidade a preservação da ‘incolumidade das pessoas e do patrimônio’, o que aproximaria da perspectiva de segurança como prestação de um serviço público ao cidadão, por outro lado manteve a militarização de parte relevante da polícia, que embora subordinadas aos governos estaduais, continuam como ‘forças auxiliares e reservas do Exército (art. 144, parágrafo 5º)

Entretanto, não vemos como a não adoção de nenhum modelo. Enquanto o constituinte pretendeu obter um auxílio da sociedade nesse quesito, ele não pode, por outro lado, abandonar por completo a atuação repressiva, vez que a segurança pública é um dever fundamental do Estado. Não que os cidadãos sejam vistos como potenciais inimigos da ordem pública e, principalmente, do Estado, mas não se pode negar que na realidade brasileira é necessária uma segurança pública rígida frente aos enormes casos de delitos existentes na sociedade. A necessidade de evolução da sociedade enquanto tal não pode significar uma abstenção em atuação rígida do Estado na proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão dos cidadãos que suplicam por uma atuação do Estado na segurança pública.

A Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, cria o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e estabelece a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS). Conforme esta lei, a finalidade do Susp e do PNSPDS é preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade (art. 1º) e reitera que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos.

---

<sup>898</sup> FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos Para Uma Abordagem Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116-117.

No art. 4º, estabelece como princípios do PNSPDS

- I - respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos;
- II - *proteção, valorização e reconhecimento dos profissionais de segurança pública*;
- III - proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e *promoção da cidadania* e da dignidade da pessoa humana;
- IV - eficiência na prevenção e no controle das infrações penais;
- V - eficiência na repressão e na apuração das infrações penais;
- VI - eficiência na prevenção e na redução de riscos em situações de emergência e desastres que afetam a vida, o patrimônio e o meio ambiente;
- VII - *participação* e controle *social*;
- VIII - resolução pacífica de conflitos;
- IX - uso comedido e proporcional da força;
- X - *proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente*;
- XI - publicidade das informações não sigilosas;
- XII - promoção da produção de conhecimento sobre segurança pública;
- XIII - otimização dos recursos materiais, humanos e financeiros das instituições;
- XIV - simplicidade, informalidade, economia procedimental e celeridade no serviço prestado à sociedade;
- XV - relação harmônica e colaborativa entre os Poderes;
- XVI - transparência, responsabilização e prestação de contas.

O art. 5º, estabelece, dentre as diretrizes do PNSPDS,

- V - *coordenação, cooperação e colaboração* dos órgãos e instituições de segurança pública nas fases de planejamento, execução, monitoramento e avaliação das ações, respeitando-se as respectivas atribuições legais e promovendo-se a racionalização de meios com base nas melhores práticas;
- VI - *formação e capacitação continuada e qualificada dos profissionais de segurança pública*, em consonância com a matriz curricular nacional;
- (...)
- XIV - *participação social nas questões de segurança pública*;
- (...)
- XVII - *fomento de políticas públicas voltadas à reinserção social dos egressos do sistema prisional*;
- (...)
- XIX - incentivo ao desenvolvimento de programas e projetos com foco na promoção da cultura de paz, na *segurança comunitária* e na integração das políticas de segurança com as políticas sociais existentes em outros órgãos e entidades não pertencentes ao sistema de segurança pública;
- (...)
- XXV - *incentivo à designação de servidores da carreira para os cargos de chefia, levando em consideração a graduação, a capacitação, o mérito e a experiência do servidor na atividade policial específica*;
- XXVI - celebração de termo de parceria e protocolos com *agências de vigilância privada*, respeitada a lei de licitações.

Se percebe, nesse sentido, que a norma infraconstitucional, ao delimitar o disposto na carta fundamental, continuou por propagar como princípio e diretriz a atuação cooperativa e participativa da sociedade na segurança pública. Inclusive, abertamente previu, como diretriz, a celebração de termo de parceria e protocolos com agências de vigilância privada. Posteriormente, o art. 24 dessa Lei prevê, como diretriz para a elaboração e na execução dos

planos de segurança pública. que os agentes públicos devem adotar estratégias de articulação entre órgãos públicos, entidades privadas, corporações policiais e organismos internacionais, a fim de implantar parcerias para a execução de políticas de segurança pública (inc. I).

### 5.2.6 Segurança Pública, Desenvolvimento e Dignidade Da Pessoa Humana

Nesse item específico, procurarei discutir qual a relação da segurança pública com a ideia de desenvolvimento, a partir da teoria de Amartya Sen, bem como com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, neste item discutiremos a relação entre o desenvolvimento, segurança pública e a dignidade da pessoa humana.

Conforme já discurremos em itens anteriores, entendemos o desenvolvimento a partir da teoria de Amartya Sen. Pelo autor indiano, o desenvolvimento deve ser visto a partir da expansão das liberdades substantivas dos indivíduos. A liberdade substantiva está relacionada à capacidade de os indivíduos fazerem escolhas livres e exercer a sua cidadania. Quanto mais livre for o cidadão – e a liberdade aqui é vista com a possibilidade do particular escolher o que for melhor para si – mais livre é uma sociedade. Por isso, o desenvolvimento da sociedade deve ser analisado a partir das liberdades individuais!

Entretanto, o exercício de escolhas pessoais precisa estar ausente de algumas “amarras”. De outro modo, há amarras que impedem a atuação livre dos indivíduos: há fatores sociais e econômicos da sociedade que acabam por limitar o pleno exercício da liberdade individual.<sup>899</sup>

Nesse sentido, temos a dignidade humana como o processo final do desenvolvimento, diretamente interligada com as liberdades substantivas. A dignidade humana, ao nosso entender, deve decorrer – e ser encontrada – de (em) uma perspectiva individual, em que o cidadão possa viver livremente, em busca daquilo que entender melhor para si, a partir dos seus valores, ideologias, expectativas. Por isso, a necessidade de evitar ou retirar as amarras impeditivas para a vida livre dos indivíduos da sociedade. Devemos lembrar, pois, a lição de Paulo Otero, para quem a dignidade é um valor interno do homem, cuja autonomia de vontade, atrelada à natureza racional e a liberdade individual, é o princípio supremo da moralidade.<sup>900</sup>

Conforme ensina Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana é uma escolha individual, determinante para a liberdade e autonomia individual. Por isso, para sua

<sup>899</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17.

<sup>900</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009. (Vol. I). p. 210.

concretização deve ser observado alguns pontos, dentre eles, a exigência de condições adequadas da vida humana (dignidade material) e a procura da qualidade de vida.<sup>901</sup>

De mais a mais, o direito à segurança pública visa a possibilitar o pleno exercício dos direitos fundamentais individuais e sociais dos cidadãos, de modo a assegurar a estabilidade da ordem pública e das relações jurídicas, o que denota que a segurança pública está diretamente vinculada à própria ideia de dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, os direitos sociais – na verdade, a sua não concretização – devem ser entendidos como amarras para a concretização da dignidade humana, mais especificamente como uma amarra para que o indivíduo possa agir de acordo com suas próprias convicções, valores e expectativas. Assim, a dignidade da pessoa humana não só é a base de todos os direitos sociais, mas também o objetivo o qual os direitos sociais servem.

A segurança, por sua vez, representa uma amarra extremamente restritiva para a liberdade, pois ela não apenas limita a expansão da liberdade substantiva, como também impede a expansão de outras liberdades instrumentais e/ou retiradas de outras amarras àquela. Por exemplo, em uma sociedade desenvolvida, o transporte público é parte fundamental da sociedade, de modo a ser o principal instrumento de locomoção de todas as classes sociais. Ao haver o amplo acesso da sociedade no transporte público, há benefícios econômicos inerentes à situação, como a possível redução dos preços das tarifas. A ampliação do consumidor implica em redução do preço do produto. Por outro lado, em uma sociedade com alto índice de criminalidade, ocorre exatamente o inverso: ocorre a fuga da sociedade no uso dos transportes públicos. Assim, só utilizará esse meio de transporte aquele que realmente não puder pagar por um veículo automotivo. Tal situação não somente traz um prejuízo econômico com o provável aumento das tarifas como também impede a democratização dos bens públicos e a necessária interação social, imprescindível para o desenvolvimento social e democrático, bem como o exercício da cidadania.

Essa mesma situação pode ser presenciada no uso - e circulação de pessoas – dos (nos) espaços públicos em cidades com altos índices de criminalidade. A (sensação de) insegurança é forte incentivo para o não uso da cidade e, por conseguinte, a reclusão dos cidadãos em suas próprias casas e/ou condomínios fechados, de modo a limitar a liberdade substantivas destes.

---

<sup>901</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais). p. 170.

De certa forma, Miguel Nogueira de Brito compactua com esse entendimento.<sup>902</sup> Para o autor português, o “artigo 27.º, n.º 1, da Constituição (Portuguesa), quando nele se afirma que <<Todos têm direito à liberdade e segurança>>. Tal norma admite, sem dúvida, a premissa segundo a qual <<Sem segurança não há liberdade>>” (p. 317). Esta premissa só é “verdadeira se complementada por uma outra, segundo a qual <<Sem liberdade, não há segurança>>”.

Isto posto, vemos a tarefa de segurança como fundamental para a busca pelo desenvolvimento, concretização da dignidade da pessoa humana, vez que a insegurança é uma forte amarra à expansão das liberdades substantivas, bem como atua na limitação de outras liberdades. Por isso, a busca pela manutenção da ordem pública possui o papel primordial na sociedade de contribuir com o desenvolvimento, bem como com a concretização do princípio da dignidade humana.

### 5.3 POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

A busca pela efetivação da segurança pública implica em ações de duas naturezas distintas: a política,<sup>903</sup> cujo objetivo é o estabelecimento de metas a serem alcançadas, especificamente em relação à manutenção da ordem pública; e a natureza executória, cuja atuação será procedimental, com fulcro de atingir as metas previamente estabelecidas pela ação política.<sup>904</sup>

A política de segurança pública, cujo objetivo é o estabelecimento de metas e diretrizes na esfera da segurança pública, necessariamente deve ser estatal. Isso implica dizer que o Estado tem o dever de definir e elaborá-la. Por outro lado, as ações executórias, que tem a natureza instrumental, podem ser satisfeitas tanto pelo Estado ou pelo setor privado. Lincoln D’Aquino afirma que

<sup>902</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 317/318.

<sup>903</sup> As políticas são uma evolução à ideia de lei em sentido formal. Ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. A política pública adota o esquema “meio-fim”, em superação ao modelo clássico do “se-então”. Sobre políticas públicas, ver: BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e Políticas Públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 19, set./nov. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/revistaRERE-19-setembro-2009-regina\_nery.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2013.

<sup>904</sup> FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

A política de segurança pública tem como destinatário o próprio Estado e o particular, ou seja, alcança a todos e é compreendida como o conjunto de medidas que, se efetivadas, atendem à necessidade de segurança da sociedade para uma convivência estável.<sup>905</sup>

Pela relevância social, e com o objetivo de evitar o arbítrio do poder, a política é revestida “juridicamente para impor o seu caráter cogente”,<sup>906</sup> delimitando os espaços e limites de atuação.

Laécio Noronha Xavier<sup>907</sup> distingue a política de segurança pública<sup>908</sup> da política pública de segurança, com o entendimento de que

O primeiro conceito refere-se às atividades tipicamente dos experts, a atuação policial em sentido estrito. Já no segundo, engloba diversas políticas de governo e ações que sofrem ou causam impactos na criminalidade e violência, onde a falta de segurança pública denota sintomas que o Estado e a sociedade civil não estão invertendo de maneira conjugada com suas funções políticas, missões sociais e administrações eficientes.

Para João Ricardo W. Dornelles,<sup>909</sup>

é interessante ressaltar que devemos fazer uma distinção entre o conceito de política de segurança pública e o conceito de políticas públicas de segurança. Pelo primeiro se entende os instrumentos e os meios institucionais destinados ao combate da violência e à manutenção da ordem pública, centrando a sua ação, principalmente, no aparato policial. O segundo conceito, das políticas públicas de segurança, mais abrangente, deve ser entendido como o conjunto das políticas públicas de segurança – que inclui as políticas de segurança, mas não se restringe às práticas relacionadas com o controle direto de criminalidade através da ação policial – principalmente as de caráter socioeconômico que possibilitam, de forma integrada com os órgãos públicos e da sociedade civil organizada, a contenção das diversas formas de violência – inclusive a criminal – das ilegalidades e das desordens sociais, priorizando os métodos preventivos e as formas não-violentas de manutenção da paz.

<sup>905</sup> FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 60.

<sup>906</sup> FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 60.

<sup>907</sup> XAVIER, Laécio Noronha. Políticas Públicas de segurança urbana. **Diário do Nordeste**, 17 fev. 2007. Disponível em: <[www.diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=407829](http://www.diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=407829)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>908</sup> A política de segurança pública está relacionada às normas e princípios jurídicos do direito de segurança pública. Esta ramo dispõe sobre o sujeito, objeto, normas e abrangência da área da segurança pública, o que acaba por possuir uma visão interdisciplinar e interagir com diversos ramos do direito. Segundo Lincoln D’Aquino, “o direito de segurança pública organiza, harmoniza e estabelece instrumentos com os quais a prática destes sujeitos seja viabilizada visando a concretização da política de segurança pública” FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 65.

<sup>909</sup> DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e Segurança**: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 6.

Para Ana Sofia S. de Oliveira,<sup>910</sup> a política de segurança pública é expressão relacionada às atividades policiais, *strictu sensu*; já as políticas públicas de segurança relacionam-se ao universo de ações, governamentais ou não, que impactam no problema da criminalidade e da violência.

Essa distinção é importante pois há políticas públicas de segurança que não será uma política de segurança pública. A política de segurança pública deve estar diretamente relacionada à busca da manutenção da ordem pública; já a política pública de segurança tem como finalidade a segurança, que, de certa forma, é um conceito aberto e pode não estar diretamente relacionado à manutenção de ordem pública, tal como descrito neste trabalho. Lincoln D'Aquino Filocre<sup>911</sup> afirma que

Na política de segurança pública, por sua vez, estão incluídas políticas sociais desde que voltadas especificamente aos fins de segurança pública, ou seja, visam a adequação da criminalidade ao nível de estabilidade da sociedade para a qual ela é elaborada e implementada. Isto é, objetiva expressamente a manutenção da ordem pública. Exemplo: política educacional objetivando especificamente resultados que impliquem alcance ou manutenção da ordem pública é política de segurança pública. A política setorial de segurança pública não se confunde com aquelas cujos fins não visem exatamente a ordem pública, ainda que surtam efeitos redutores de criminalidade. Ou seja, a rigor, para que seja uma política de segurança pública, uma política social deve ter foco específico na segurança pública. (...)

Tomando-se ordem pública no sentido restrito de oposição a desordem, e não como criminalidade em patamar de estabilidade social, políticas públicas de segurança tanto refletem contribuições para a segurança pública, quanto também podem ser utilizadas como instrumentos de opressão, sob o argumento de combate à criminalidade. No primeiro caso, embora utilizado entendimento válido, mas limitado, de ordem pública, tem-se políticas de segurança pública. Na segunda hipótese, não há políticas de segurança pública, mas, tecnicamente, políticas públicas de segurança. A mesma justificativa conduz a políticas diametralmente opostas, o que ressalta os cuidados com a dimensão restrita de ordem pública e as políticas dela advindas, e com a adoção de denominação 'política pública de segurança

Em relação às políticas de segurança pública, incide as características comuns à toda política pública, com as adaptações necessárias ao dinamismo da sua área. Filocre afirma que, na sua elaboração, deve-se optar pelos critérios com vistas à construção de um modelo que se adapte às estruturas estatais, aos meios de resposta à criminalidade, público ou privado, bem como à realidade da sociedade. O autor defende que essas políticas públicas devem estar

---

<sup>910</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia S. de. Políticas de Segurança e Políticas de Segurança Pública: da teoria a prática. In: ILANUD. (Org.). **Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança**. São Paulo, 2002. p. 43 e ss.

<sup>911</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 84.



voltadas tanto para a resposta às ações dos agentes infratores quanto para as vítimas e a reestruturação do sistema organizacional da segurança pública.<sup>912</sup>

Nesse sentido, o Estado pode atuar na segurança pública de diversas formas. Aqui, iremos focar especialmente na (a) *atuação direta principal*, que ocorre através da atuação policial, na política criminal e no sistema penitenciário; na (b) *atuação indireta por direção*, o que consiste na autorização e fiscalização das empresas privadas de segurança particular; e na (c) *atuação indireta por indução*, que pode ocorrer nas seguintes hipóteses: política pública para a segurança pública, política social de cunho assistencial, política social de natureza socioeconômica e política socioeducativa.<sup>913</sup>

Em relação à atuação direta principal, esta ocorre quando o Estado assume o papel principal de manutenção da ordem pública, incluindo as tarefas inerentes a esta finalidade. No caso, há a polícia administrativa e a política judiciárias, com competências distintas na sua

---

<sup>912</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 90. Quanto à responsabilidade do Estado na elaboração da política de segurança pública, o autor afirma que “a segurança pública é dever intransferível do Estado. O Estado, entretanto, não está obrigado a elaborar e implementar políticas de segurança pública. A sua obrigação é manter a ordem pública na medida em que, mantendo-a, somente assim há convivência social com liberdade. (...) Cumpre ao ordenamento jurídico de cada Estado estabelecer regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais que impliquem no dever do governante exercer segurança pública com eficiência, sob pena de sofrer sanções. Cumpre também ao Estado criar mecanismos legais específicos e órgãos capazes e independentes para cobrarem o cumprimento daquele dever. (...) Por definição, o conjunto de programas, estratégias, ações que compõem uma política de segurança pública agem como catalisadores do processo de contínua manutenção da ordem pública, de forma a que, ao optar pelo uso de política de segurança pública, o governante tem melhores condições de se desincumbir do dever de manutenção da ordem pública. (...) não basta ao governante optar por uma política de segurança pública. Essa há de ser plenamente adequada à sociedade na qual será implementada, e se adequada, deve ser implantada com eficiência. Certo é, também, que ao se tratar de política de segurança pública, tem-se a criminalidade como objeto e não o crime. Assim, há o cabimento em ser o Estado responsabilizado por prejuízos advindos de crime praticado contra o indivíduo, quando a alegação seja de que a política de segurança é inexistente, omissa ou mal interpretada. No caso, a responsabilidade estatal estará no âmbito do Direito Administrativo no qual se discutirá eventual conduta omissa por parte de agentes administrativos, com aplicação ou não da teoria da responsabilidade objetiva. Na esfera do Direito de Segurança Pública o que é discutível, em tese, quanto a responsabilização do Estado, são os efeitos dos prejuízos decorrentes da criminalidade cujo patamar extrapolar os limites máximos ou mínimo da zona de estabilidade que definem a ordem pública” p. 98-99.

<sup>913</sup> Registra-se que essa distinção foi retirada da obra de FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. O autor afirma que “a atuação do Estado para o alcance e a manutenção da ordem pública decorre e ao mesmo tempo provoca processo de *automanutenção e automudança* da segurança pública. Por meio de mecanismos reguladores de realimentação, a sociedade, na figura do Estado, recebe informações políticas, econômicas, culturais e outras sobre os resultados de seu desempenho passado e atua ininterruptamente para ajustar a sua conduta futura. O *feedback* viabiliza a autoregulação – não apenas em sentido jurídico – e é um fator importante para o comportamento estatal dirigido ao alvo que é o controle da criminalidade no patamar de estabilização social (equilíbrio dinâmico), corrigindo desvios em relação a um quadro a ser mantido (*zona de estabilidade*). Para tanto, e ressaltando que a segurança pública é dever estatal – o que não afasta a responsabilidade da sociedade – o Estado atua seja por meio da prestação do serviço público de segurança, seja por meio de técnicas de direção – intervindo, inclusive, na atividade da segurança privada – ou mesmo utilizando técnicas de indução. (...) O Estado se vale do Direito de Segurança Pública que não apenas harmoniza os setores envolvidos na questão da ‘segurança’, como, fundamentalmente, serve de ferramenta para o alcance de determinados fins que, num primeiro momento é o alcance da ordem pública e, depois, a manutenção dessa ordem.” p. 107-108.

atuação. Iremos abordar melhor essa divisão no próximo capítulo; e o sistema penitenciário, no capítulo subsequente.

Na atuação indireta por direção, o Estado tem o dever de atuar na autorização e fiscalização das empresas privadas de segurança particular. Tanto na autorização quanto na fiscalização, há uma pressão estatal (direção) sobre os particulares através do comando imperativo deontológico, decorrente do poder de polícia, compulsório aos agentes do mercado.

Quanto à atuação por indução – denominado por alguns de “incentivo” e por Eros Grau de intervenção por indução<sup>914</sup> –, há um estímulo, positivo ou negativo, para o desempenho de determinada atividade econômica ou para a adoção de determinada atitude<sup>915</sup>, com o objetivo de buscar o desenvolvimento social (e econômico) através da iniciativa pública e/ou privada.

As normas que concedem o incentivo (normas de intervenção por indução) são dispositivas, sem a obrigatoriedade da sua aderência<sup>916</sup>, com a finalidade de levar os particulares a concretizarem interesses públicos. Nelas a sanção é substituída por um expediente de “convite”, oferecidos, pela lei, a quem participar de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado. Aos particulares é facultada a sua aderência.

Há indução tanto em termos positivos quanto negativos. Na primeira, há sanções premiais, benefícios àqueles que adequarem seus comportamentos ao disposto pelo ente estatal. A redução ou isenção de impostos seriam exemplos. Já em termos negativos o Estado sanciona, geralmente economicamente, de forma indireta, aqueles que atuam ou agem, de forma legal, contrariamente aos interesses públicos, v.g., onera por impostos elevado o exercício de determinado comportamento, tal como na importação de certos bens<sup>917</sup>.

<sup>914</sup> Para Eros Grau, a diferença entre a intervenção por direção e por indução consiste no modal deontico: enquanto nas normas de intervenção por direção os comandos são imperativos, o qual devem ser necessariamente cumpridos, senão incidirá uma sanção, nas normas da intervenção por indução, há comandos prescritivos (normas dispositivas), sem a obrigação de sua aderência. Aqui, substitui-se a sanção por uma espécie de convite ou, ainda, uma sanção premial (benefício) a quem seguir as normas estatais, com o objetivo de seduzir os particulares. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148.

<sup>915</sup> Conforme José dos Santos Carvalho Filho, esta forma de intervenção representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquota, dentre outros. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 867.

<sup>916</sup> Apesar do incentivo (fomento) serem normas dispositivas e os particulares não estarem obrigados à sua aderência e, por isso, não haver sanção caso atue em sentido contrário à previsão normativa, tal assertiva não é verdadeira caso haja aderência dos particulares. Se estes aderirem ao estímulo dado pelo Estado e, eventualmente, descumprirem os modais deonticos, isso implicará em uma sanção. MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 21, fev./abr. 2010. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 2 jan. 2013.

<sup>917</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148.

O Estado induz, ainda, o particular não em razão de normas de intervenção por indução, mas sim em decorrência da execução, por ele, de obras e serviços públicos de infraestrutura, que tendem a otimizar o exercício da atividade econômica em sentido estrito em certos setores e regiões.

O Planejamento<sup>918</sup> é um processo técnico, que racionaliza e sistematiza as diretrizes<sup>919</sup>, com o objetivo de transformar a realidade existente em direção da concretização dos objetivos previamente estabelecidos no texto constitucional. Nesse sentido, planejar o texto constitucional é uma atividade voltada para o futuro, através do estabelecimento de metas a serem atingidas pelo governo, não apenas no ramo econômico<sup>920</sup> mas também no social.

Para Gilberto Bercovici<sup>921</sup>, “o planejamento coordena, racionaliza e dá unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística.” Ele ensina ainda que o planejamento deve corresponder aos valores constitucionais, assim, como a transformação do mundo do ser econômico e social,<sup>922</sup> sempre com o objetivo de buscar a realização dos objetivos predeterminados pela Constituição (art. 3º).<sup>923</sup>

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto<sup>924</sup>, “o planejamento deve refletir a vontade eleitoral, definindo preferências de eleitores e consumidores quanto às ações e alocação de recursos”. O plano de governo deve ser elaborado pelo Chefe do Executivo (função de direção), cujas propostas partidárias sufragadas devem ser levadas em consideração (CF, art.

---

<sup>918</sup> O planejamento, para Eros Grau, não é uma modalidade de intervenção, mas apenas um método para qualificar a intervenção do Estado e deixá-la mais racional. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 303

<sup>919</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 305.

<sup>920</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 868.

<sup>921</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e Políticas Públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145. Conforme ensina o autor, a Administração Pública centralizada formula e planeja as políticas públicas, enquanto as agências reguladoras regulam e fiscalizam a prestação dos serviços públicos. p. 151.

<sup>922</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e Políticas Públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151.

<sup>923</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>924</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

14, §3º, V,<sup>925</sup> c/c 84, VI e XI)<sup>926</sup>, orientando o desenvolvimento da sociedade, observando os princípios da ordem econômica e social, bem como os objetivos da República (art. 3º da CF/88).

A Constituição considera o planejamento como pressuposto para a organização institucional. Esse raciocínio decorre da interpretação do caput do art. 174, no qual obriga ao Estado a função do planejamento<sup>927</sup>. É um dever-poder estatal.

Desta feita, é necessário ressaltar que as políticas públicas para a segurança pública não se confundem com políticas públicas com reflexo na segurança pública, ainda que estes reflexos sejam relevantes por algum motivo ou medida para a criminalidade. É necessário que a política pública para segurança pública tenha relação direta com a busca pela manutenção da ordem pública, cujo objetivo é a estabilidade e/ou diminuição da criminalidade.

Apesar de toda sociedade possuir criminalidade, essa política pública deve buscar que esses níveis se mantenham dentro do aceitável, sob a perspectiva de indicadores socioeconômicos. Dessa forma, em toda sociedade há grupos e/ou áreas que sofrem mais com a criminalidade e, portanto, necessita uma maior intervenção estatal, tal como ações assistenciais e de emergência, cujo objetivo é inserir dentro de zonas aceitáveis, de acordo com os indicadores apontados.<sup>928</sup>

Em relação à política social de cunho assistencial, política social de natureza socioeconômica e política socioeducativa, estas não podem ter por objetivo tornar-se de cunho

---

<sup>925</sup> “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

(...)

V - a filiação partidária;”

<sup>926</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;

(...)

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;”

<sup>927</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e Políticas Públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas Públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151.

<sup>928</sup> Filocre afirma que “pelo menos três aspectos relevantes devem ser observados nas especificações de políticas sociais assistenciais para a segurança pública: as características do grupo social objeto da política; a natureza permanente ou emergencial ou assistencial; e a atenção à distinção entre assistência e assistencialismo. O grupo social pode ser definido pela qualificação de seus membros ou pelo território onde está colocado. Pela qualificação dos seus membros, tem-se, por exemplo, ações assistenciais destinadas a jovens negros de famílias de baixa renda, sabidamente pertencentes a um grupo de potenciais vítimas de crime ou de potenciais criminosos, para os quais podem ser desenvolvidas e implementadas políticas educacionais e de emprego visando desviar o jovem do caminho da criminalidade.” FILOCRE, Lincoln D’Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 143-144.

assistencialista, mas devem ser agilizados processos sociais emancipatórios ou definitivos.<sup>929</sup> Lincoln D'Aquino Filocre<sup>930</sup> afirma que

são políticas tipicamente socioeconômicas que podem ser desenvolvidas e implementadas com fins específicos de segurança pública, ou seja, cujos rumos podem e devem ser alterados de acordo com a flutuação da criminalidade na manutenção da ordem pública: políticas de emprego; políticas de apoio às formas de microprodução; políticas de profissionalização da mão-de-obra; políticas de habitação para baixa renda; políticas de saúde, nutrição e saneamento; política de previdência. (...)  
política socioeducativa para a segurança volta-se ao atendimento do infrator jovem. Com a intenção de criar caminhos distintos da criminalidade, faz-se a articulação operacional de órgãos estatais e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. São desenvolvidas propostas pedagógicas voltadas especificamente à reinserção social, com a capacitação sistemática e permanente da equipe técnica e pedagógica que lida direta e indiretamente com adolescente. Fomentam-se pesquisas e são transmitidos conhecimentos com metodologias e práticas testadas.

Em 24 de julho de 2018 foi editado o Decreto nº 9.450, que institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional (Pnat), voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional. Por esta política, nas contratações de serviço, inclusive de engenharia, com valor acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos do disposto no art. 40, § 5º,<sup>931</sup> da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.<sup>932</sup>

Segundo o governo, o objetivo desta medida é ampliar e facilitar a ressocialização de presos e egressos do sistema prisional por meio de inserção no mercado de trabalho. O Ministro

<sup>929</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 144.

<sup>930</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 145-146.

<sup>931</sup> “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.” (Incluído pela Lei nº 13.500, de 2017)

<sup>932</sup> “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”

Ver ainda: BARCELOS, Dawison Moreira. Nova hipótese de dispensa de licitação (Art. 24, XXXV) – Lei nº 13.500/17. **O Licitante**, 2017. Disponível em: <<http://www.olicitante.com.br/dispensa-licitacao-nova-xxxv-13500/>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

da Segurança, sua Senhoria Raul Jungmann, afirmou que “Essa política tem também a função de combater a criminalidade de base prisional, as grandes facções.” Segundo este,

Um dos fatores que levam à cooptação das facções aos presos é a assistência a famílias. É evidente que tem outros fatores, mas as facções dão sustentação à família do preso. E temos o egresso, que está estigmatizado. É evidente que essa política, por mais generosa e inovadora que seja, tem que ter muitas outras mais. Mas ela é um primeiro passo para que se rompa a dependência das facções dentro e fora do sistema.

Além disto, o art. 4º dispõe que são objetivos do Pnat:

- I - proporcionar, às pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional, a ressocialização, por meio da sua incorporação no mercado de trabalho, e a reinserção no meio social;
- II - promover a qualificação das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional, visando sua independência profissional por meio do empreendedorismo;
- III - promover a articulação de entidades governamentais e não governamentais, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, visando garantir efetividade aos programas de integração social e de inserção de pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional e cumpridoras de pena restritiva de direitos ou medida cautelar;
- IV - ampliar a oferta de vagas de trabalho no sistema prisional, pelo poder público e pela iniciativa privada;
- V - incentivar a elaboração de planos estaduais sobre trabalho no sistema prisional, abrangendo diagnósticos, metas e estratégias de qualificação profissional e oferta de vagas de trabalho no sistema prisional;
- VI - promover a sensibilização e conscientização da sociedade e dos órgãos públicos para a importância do trabalho como ferramenta para a reintegração social das pessoas em privação de liberdade e egressas do sistema prisional;
- VII - assegurar os espaços físicos adequados às atividades laborais e de formação profissional e sua integração às demais atividades dos estabelecimentos penais;
- VIII - viabilizar as condições para o aprimoramento da metodologia e do fluxo interno e externo de oferta de vagas de trabalho no sistema prisional;
- IX - fomentar a responsabilidade social empresarial;
- X - estimular a capacitação continuada dos servidores que atuam no sistema prisional quanto às especificidades e à importância da atividade laborativa no sistema prisional;
- e
- XI - promover a remição da pena pelo trabalho, nos termos do art. 126 da Lei nº 7.210, de 1984.

Nas diretrizes desse programa (art. 3º), fica explícito a importância da relação entre o poder público e o privado<sup>933</sup> para atender aos princípios consagrados na constituição e na própria normativa.<sup>934</sup> Vejamos:

<sup>933</sup> Ressalta-se que o art. 9º deste Decreto prevê a competência do Ministério dos Direitos Humanos, por meio da Secretaria Nacional de Cidadania, e o Ministério da Segurança Pública, por meio do Departamento Penitenciário Nacional, a competência para fomentar “junto às administrações prisionais estaduais, a contratação de pessoas presas para prestação de serviços terceirizados nas unidades prisionais, exceto a segurança” (inc. I).

<sup>934</sup> Esse Decreto dispõe em seu art. 2º que:

“Art. 2º São princípios da Pnat:

I - a dignidade da pessoa humana;

II - a ressocialização;

Art. 3º São diretrizes da Pnat:

- I - estabelecer mecanismos que favoreçam a reinserção social das pessoas presas em regime fechado, semiaberto e aberto, e egressas do sistema prisional;
- II - adotar estratégias de articulação com órgãos públicos, entidades privadas e com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política;
- III - ampliar as alternativas de absorção econômica das pessoas presas em regime fechado, semiaberto e aberto, e egressas do sistema prisional;
- IV - estimular a oferta de vagas de trabalho para pessoas presas em regime fechado, semiaberto e aberto e egressas do sistema prisional;
- V - integrar os órgãos responsáveis pelo fomento ao trabalho e pela execução penal com as entidades responsáveis pela oferta de vagas de trabalho; e
- VI - uniformizar modelo de edital de chamamento visando a formação de parcerias para construção de espaços de trabalho em unidades prisionais por entes privados e públicos.

Nessa mesma toada, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984)<sup>935</sup> disciplina o trabalho do preso, o qual deve ser levado em consideração a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado (art. 32). O art. 28 deste diploma legal afirma que o trabalho do condenado tem a finalidade educativa e produtiva, além de ser um dever social e condição de dignidade da pessoa humana. Assim, prevê a aplicação da organização e métodos de trabalho em relação às precauções relativas à segurança e higiene. O trabalho realizado pelo detento é, inclusive, remunerado,<sup>936</sup> o qual não pode ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo (art. 29), sendo destinada (§ 1º) (a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; (b) à assistência à família; (c) a pequenas despesas pessoais; (d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

Para incentivar as entidades privadas, estas ficam isentas de encargos trabalhistas na relação jurídica com os apenados (art. 28, § 2º, da Lei de Execução Penal).

Essa legislação ainda prevê a possibilidade de criação de fundação ou empresa pública (pessoa jurídica de direito privado) com o objetivo de gerenciar o trabalho interno realizado pelo detento, com o objetivo da formação profissional do condenado (art. 34).

Não obstante essas normas, há autores críticos a essa política, vez que seria uma forma de privatização e exploração da mão de obra dos apenados, através de trabalho forçado, com remuneração abaixo do mercado e sem possibilitar a inserção social. Guilherme de Souza

---

III - o respeito às diversidades étnico-raciais, religiosas, em razão de gênero e orientação sexual, origem, opinião política, para com as pessoas com deficiência, entre outras; e

IV - a humanização da pena.”

<sup>935</sup> “Institui a Lei de Execução Penal.”

<sup>936</sup> A exceção é para as tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade, as quais não serão remuneradas. (art. 30)

Nucci,<sup>937</sup> por exemplo, considera ilegal o trabalho do detento, por não estar abarcado pelos benefícios da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Para o autor, se, por um lado, a lei impede o trabalho forçado ao preso; por outro, para a Lei de Execuções Penais, o labor constitui-se um dever, uma obrigação do preso, atendidas as suas aptidões e capacidades.

*Data máxima vênia* às opiniões contrárias, entendemos o trabalho como peça fundamental por ajudar no resgate da dignidade humana dos detentos, de forma a ajudar a ressocialização e facilitar a inclusão desse grupo na sociedade, após o cumprimento da pena.<sup>938</sup> Para Henrique Kloch,<sup>939</sup> há um sentido ético no trabalho, como condição para a dignidade humana, de forma a possuir caráter educativo na medida em que contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta. Entendimento o qual concordamos.

Assim, o convênio entre o poder público e entidades privadas é extremamente salutar, de modo a alcançar benefícios a toda a sociedade.

---

<sup>937</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

<sup>938</sup> O Conselho Nacional de Justiça afirmou em matéria que “em todo o país, 106.636 detentos (17,56% do total) exercem atividades laborais para instituições públicas e privadas, segundo o Ministério da Justiça. Uma das empresas contratantes é a Direcional Engenharia S. A, do Distrito Federal, que tem hoje 49 detentos contratados para diferentes empreendimentos na área da construção civil. Para o supervisor administrativo da empresa, Peter Alan de Almeida, o acesso à mão de obra prisional é importante não só pela isenção de encargos, mas também por ser uma alternativa à dificuldade enfrentada pelo setor para recrutar trabalhadores capacitados no mercado. Ele também disse ser uma chance de a empresa contribuir para a redução da criminalidade.

‘A realidade é muito simples: uma vez que o reeducando (detento) perde a sua educação civil, e lhe é aberta uma oportunidade em uma frente de trabalho, beneficiado por uma empresa, ele poderá se ressocializar, para se reabilitar e reassumir suas funções sociais. Isso é louvável porque influencia muito no caráter da pessoa, especialmente a pessoa que tenha errado. Ela volta para os eixos normais, porque o trabalho edifica’, afirmou o supervisor.

Peter informou que essas contratações são feitas por meio de convênio com a Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal (Funap/DF), vinculada à Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania (Sejus/DF). Pelo acordo, a empresa repassa recursos financeiros para a Funap, que fica responsável por efetivar a remuneração dos apenados.

A Funap tem como atribuição contribuir para a inclusão social de presos e egressos do sistema carcerário, com foco no desenvolvimento de seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais. Ela desenvolve programas sociais nas áreas da educação, cultura, capacitação profissional e trabalho para as pessoas privadas de liberdade. Segundo a diretora executiva Francisca Aires, a entidade tem, no momento, 60 convênios ativos com instituições públicas e privadas que garantem trabalho para cerca de 1300 apenados. Desse total, 122 são mulheres. Todos eles, conforme a legislação, recebem o benefício da remição, ou seja, o tempo da pena é reduzido em um dia a cada três trabalhados.

Francisca Aires falou também da importância do trabalho para a ressocialização das pessoas privadas de liberdade. ‘Com o trabalho o reeducando (apenado) renasce. Porque quando ele entra no sistema (carcerário) acha que ninguém vai olhar para ele e que não tem condição de ter uma oportunidade. Então essa oferta de trabalho faz com que a gente ressocialize esse reeducando. A autoestima dele vai lá para cima. Quando ele sai recuperado, a gente tem certeza de que ele não vai reincidir. Ele ganha, a família ganha, nós ganhamos, e a sociedade também’, afirmou a diretora. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Legislação oferece vantagens a quem emprega a mão de obra de detentos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79863-legislacao-oferece-vantagens-a-quem-emprega-a-mao-de-obra-de-detentos>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

<sup>939</sup> KLOCH, Henrique. **O sistema prisional e os direitos da personalidade dos apenados com fins de (res)socialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 53.



## 6 AS TAREFAS/ATIVIDADES DA SEGURANÇA PÚBLICA E A SEGURANÇA PRIVADA

### 6.1 A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA SEGURANÇA PÚBLICA

Conforme já abordamos anteriormente, a Constituição Federal Brasileira de 1988 previu, em seu art. 144, como órgãos da segurança pública, a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis e as polícias militares e corpos de bombeiros militares. Esse artigo da Constituição Federal de 1988 dispõe no seguinte sentido

#### CAPÍTULO III DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

Vejamos que o art. 144, § 7º, da CF/88 dispõe que a “lei<sup>940</sup> disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”<sup>941</sup>

A Constituição Federal estabeleceu, assim, de forma taxativa os órgãos de segurança pública. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando pela impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diversos daqueles previstos no art. 144 da Constituição.<sup>942</sup> Na oportunidade, o STF julgou inconstitucional norma estadual que criou o Instituto-Geral de Perícias, por entender que sua competência incumbi funções atinentes à segurança pública, violando o art. 144, c/c o art. 25<sup>943</sup> da Constituição da República.<sup>944</sup>

<sup>940</sup> Para o STF, não conflita com a Constituição Federal de 1988, a previsão, na Carta estadual, da regência, quanto à polícia civil, mediante lei complementar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.314. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 17 jun. 2015. Publicação em: 7 out. 2015).

<sup>941</sup> O Pleno do STF pacificou jurisprudência no sentido de que os Estados-membros devem obediência às regras de iniciativa legislativa reservada, fixadas constitucionalmente. A gestão da segurança pública, como parte integrante da administração pública, é atribuição privativa do governador de Estado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 2.819. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 6 abr. 2005. Publicação em: 2 dez. 2005).

<sup>942</sup> Conforme Alexandre de Moraes, “A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança Interna”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31 ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 846,

<sup>943</sup> “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

<sup>944</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.827. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 16 set. 2010. Publicação em: 6 abr. 2011. Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.182. Voto do Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 24 nov. 2005. Publicação em: 10 mar. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 236. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento em: 7 maio 1992. Publicação em: 1º jun. 2001. Em outro momento, o STF afirmou que os Estados-membros, assim como o Distrito Federal, devem seguir o modelo federal. O art. 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta, pois, vedada aos Estados-membros a possibilidade de estender o rol, que aquela Corte já firmou ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.182. Voto do Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 24 nov. 2005. Publicação em: 10 mar. 2006).

Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.827. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 16 set. 2010. Publicação em: 6 abr. 2011.

Ressalta-se que a Constituição não apenas elencou os órgãos de segurança pública, como também estabelece as competências<sup>945</sup> de cada ente da federação quanto à segurança, com o objetivo de preservar o pacto federativo<sup>946</sup> e primar por uma segurança pública democrática.<sup>947</sup> À União cabe as competências de matérias pontuais, ficando aos Estados a grande parte das atribuições, dentre elas a organização da segurança pública.

O Estado é quem é o principal responsável pela prestação dos serviços de segurança pública, ou seja, de garantir a ordem pública e a paz social. Entretanto, as normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares são de competência legislativa privativa da União (art. 22, inc. XXI,<sup>948</sup> CF/88). Já as normas de organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis são de competência concorrente da União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, inc. XVI,<sup>949</sup> CF/88).

---

<sup>945</sup> Observa-se que isto não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Em virtude disso, o STF fixou a seguinte tese em repercussão geral "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593.727. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 14 maio 2015. Publicação em: 8 set. 2015).

<sup>946</sup> Conforme o Supremo Tribunal Federal, "Cabe salientar que a mútua cooperação entre organismos policiais, o intercâmbio de informações, o fornecimento recíproco de dados investigatórios e a assistência técnica entre a polícia federal e as polícias estaduais, com o propósito comum de viabilizar a mais completa apuração de fatos delituosos gravíssimos, notadamente naqueles casos em que se alega o envolvimento de policiais militares na formação de grupos de extermínio, encontram fundamento, segundo penso, no próprio modelo constitucional de federalismo cooperativo (RHC 116.000/GO, rel. min. Celso de Mello), cuja institucionalização surge, em caráter inovador, no plano de nosso ordenamento constitucional positivo, na CF de 1934, que se afastou da fórmula do federalismo dualista inaugurada pela Constituição republicana de 1891, que impunha, por efeito da outorga de competências estanques, rígida separação entre as atribuições federais e estaduais." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 116.002. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 12 mar. 2014. Publicação em: 17 mar. 2014).

<sup>947</sup> A responsabilidade por efetivar essa segurança não cabe somente à União, mas sim à Federação como um todo. Nas palavras de José Afonso da Silva, "Há, contudo, uma repartição de competências nessa matéria entre a União e os Estados, de tal sorte que o princípio que rege é o de que o problema da segurança pública é de competência e responsabilidade de cada unidade da Federação, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, como, aliás, é da tradição do sistema brasileiro" SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 793.

<sup>948</sup> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;"

<sup>949</sup> "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis."

A Polícia Federal (PF) (art. 144, inc. I, CF/88) é órgão permanente da União, vinculada ao Ministério da Justiça, instituída por lei e estruturada em carreira (art. 144, § 1º, CF/88). Ela exerce, com exclusividade,<sup>950</sup> a função de polícia judiciária da União (art. 144, § 1º, inc. IV, CF/88) e de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 144, § 1º, inc. II (CF/88)).<sup>951</sup> Além disto, ela é a responsável por apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei (art. 144, § 1º, inc. I, CF/88) e por prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho (art. 144, § 1º, inc. II, CF/88).

A Polícia Rodoviária Federal (PRF) (art. 144, inc. II, CF/88) é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira. A Polícia Rodoviária Federal era até o ano de 1990 subordinada ao antigo DNER (Departamento Nacional de Estradas de Rodagem), atual DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes). Com a publicação da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990,<sup>952</sup> passou a ser subordinada ao Ministério da Justiça.

À polícia rodoviária federal compete o patrulhamento ostensivo das rodovias federais (art. 144, § 2º, CF/88), embora colabore com a fiscalização nas rodovias estaduais, através de convênios firmados com o Estado. Além desta competência, há ainda aquelas previstas pela Lei nº 9.503 (Código de Trânsito Brasileiro), pelo Decreto nº 1.655, de 3 de outubro de 1995<sup>953</sup>, e pelo seu regimento interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº 1.375, de 2 de agosto de 2007.<sup>954</sup>

A Polícia Ferroviária Federal (art. 144, inc. III, CF/88) é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, e destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento

<sup>950</sup> Conforme o STF, “a cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à polícia federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 89.837. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 20 out. 2009. Publicação em: 20 nov. 2009).

<sup>951</sup> Para o STF, a Polícia militar pode exercer a policiamento ostensivo do espaço aéreo, haja vista que o âmbito material da polícia aeroportuária, privativa da União, não se confunde com o do policiamento ostensivo do espaço aéreo, que – respeitados os limites das áreas constitucionais das polícias federal e aeronáutica militar – se inclui no poder residual da polícia dos Estados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 132. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 30 abr. 2003. Publicação em: 30 maio 2003).

<sup>952</sup> “Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.”

<sup>953</sup> “Define a competência da Polícia Rodoviária Federal, e dá outras providências.”

<sup>954</sup> Conforme o art. 1º desta Portaria, o Ministro da Justiça resolve “Aprovar o Regimento Interno do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, na forma do Anexo.”

ostensivo das ferrovias federais (art. 144, § 3º, CF/88). Entretanto, esta polícia nunca foi regulamentada, apesar de sua previsão constitucional. Talvez isto tenha ocorrido em virtude da falência do sistema ferroviário nacional, vez que o país adotou o modelo de investimento em rodovias para transporte pelo território nacional, de modo que as ferrovias ficaram sucateadas.

As polícias civis (PC) (art. 144, inc. IV, CF/88) são órgãos dos estados, dirigidos por delegados de polícia de carreira, com função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º, CF/88)<sup>955</sup>. Com isso, percebe-se que ela fica com a maior parte da competência de investigação e apuração das infrações penais, vez que sua atuação alcança todos os delitos, com exceção dos crimes militares e aqueles da polícia federal.

A polícia civil é um órgão subordinado ao Governador. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional norma estadual com pretensão de aumentar a autonomia aos órgãos de direção máxima das polícias civis estaduais, ainda que votada no parlamento estadual. Conforme o Supremo, é indiscutível a previsão de relação hierárquica/subordinação na relação entre o Governador de Estado e as respectivas polícias civis.<sup>956</sup>

As Polícias Militares (PM) e Corpos de Bombeiros Militares (CBM) (art. 144, inc. V, CF/88) são forças auxiliares e reserva do Exército, subordinando-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 144, § 6º, CF/88). A polícia militar tem a tarefa de ser a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, atuando de forma coercitiva sobre os delitos, tumultos e desordens que afetem o a ordem pública (art. 144, § 5º, CF/88). Segundo Gislene Donizetti Gerônimo<sup>957</sup> seu “objetivo”, enquanto corporação policial, “é demonstrar a presença policial nas ruas”, ou seja, fazer-se presente como órgão mantenedor da ordem e repressivo, “de modo a inibir e reprimir a prática criminal”. A autora<sup>958</sup> afirma que a função da Polícia Militar se divide em duas frentes:

---

<sup>955</sup> A Constituição do Brasil, em seu art. 144, § 4º, define incumbirem às polícias civis “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Assim, o STF entende que este dispositivo não menciona a atividade penitenciária, que diz com a guarda dos estabelecimentos prisionais; não atribui essa atividade específica à polícia civil. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.916. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 3 fev. 2010. Publicação em: 14 maio 2010).

<sup>956</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.103. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 12 abr. 2018. Publicação em: 25 abr. 2018.

<sup>957</sup> GERÔNIMO, Gislene Donizetti. **Segurança Pública. Dever do Estado. Garantia do Exercício da Cidadania**. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1028/1/Gislene%20Donizetti%20Geronimo.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>958</sup> GERÔNIMO, Gislene Donizetti. **Segurança Pública. Dever do Estado. Garantia do Exercício da Cidadania**. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1028/1/Gislene%20Donizetti%20Geronimo.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

Uma é a preservação da ordem pública, isto é, da paz interna, com a salvaguarda da incolumidade da pessoa e do patrimônio. Outra, o policiamento ostensivo, o que na verdade (...) já estaria abrangido na tarefa de preservação da ordem pública.

Já o Corpo de Bombeiro Militar atua na execução de atividades de defesa civil, além de outras definidas em lei (art. 144, § 5º, CF/88).

Por fim, o art. 144, § 8º, da CF/88 prevê a possibilidade de os Municípios constituir guardas municipais “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.”<sup>959</sup> José Afonso da Silva<sup>960</sup> ensina que, durante o processo constituinte de 1988, os constituintes recusaram diversas propostas para criar alguma forma de polícia municipal. Com isso, os municípios não ficaram com nenhuma responsabilidade específica na segurança pública, vez que não lhe foi autorizada a instituição de órgãos policiais de segurança pública nem de polícia judiciária.

Assim, as guardas municipais tem a função de proteger os bens, os serviços e as instalações do município, conforme o disposto na lei. Veja que a Constituição Federal de 1988 não atribui competência às guardas municipais para a tutela da ordem pública ou de terceiro, mas apenas do interesse público secundário municipal.<sup>961</sup> Não obstante isto, José Afonso da

---

<sup>959</sup> Segundo Moema Dutra Freire, “para entender essa nova perspectiva, é interessante lembrar o contexto da Constituição de 1988, que aprofundou os princípios de descentralização administrativa, conferindo a estados e municípios novos papéis. A responsabilidade sobre a Segurança Pública, nesse conceito, passa a ser prioritariamente dos estados, por serem estes os responsáveis pela gestão das polícias civil e militar. Esse arranjo dotou os estados de autonomia na condução da política de segurança, mas, ao mesmo tempo, dificultou a implementação de diretrizes mínimas de uma política nacional de segurança, o que poderia trazer prejuízo para a prevenção e controle da violência e criminalidade, pois a manifestação desses fenômenos não respeita as fronteiras estaduais”. FREIRE, Moema Dutra. **Acesso à Justiça e Prevenção à violência**: Reflexões a partir do projeto Justiça Comunitária. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=475](http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=475)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>960</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 639.

<sup>961</sup> Para o STF, é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício do poder de polícia de trânsito, inclusive para a imposição de sanções administrativas legalmente previstas (ex: multas de trânsito). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 658570/MG. Relator original: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 6 ago. 2015 (Info 793 – Repercussão Geral - Tema 472). Para o Min. Roberto Barroso, poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do poder de polícia não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a CF outorgou com exclusividade apenas as funções de promoção da segurança pública (art. 144). A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas (multas), embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, proibição de que seja exercida por entidades não-policiais (como é o caso das guardas municipais). O Código de Trânsito Brasileiro (CTB) estabeleceu que a competência para o exercício da fiscalização de trânsito é comum, cabendo tanto a União, como aos Estados/DF e Municípios. A receber essa competência do CTB, o Município pode determinar, por meio de lei, que esse poder de polícia (fiscalização do trânsito) seja exercido pela guarda municipal. Não tem problema. O art. 144, § 8º, da CF/88 define as atribuições da guarda municipal, mas não de forma exaustiva. Assim, esse dispositivo não impede que a guarda municipal receba funções adicionais a ela outorgadas por meio de lei. Em outras palavras, o § 8º do art. 144 da CF/88 traz um mínimo de atribuições que são inerentes às guardas municipais, sendo possível, no entanto, que a lei preveja outras atividades a esse órgão, desde que de competência municipal.

Silva afirma que “aí, certamente, está uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bem de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais” e destaca, “mas não é de polícia ostensiva, que é função da polícia militar.”<sup>962</sup>

## 6.2 A POLÍCIA ADMINISTRATIVA E A POLÍCIA JUDICIÁRIA

Após a delimitação do conceito e âmbito da segurança pública, cabe passarmos a discutir quais são as tarefas inerentes nesse âmbito. Inicialmente, entendemos que devemos diferenciá-la entre a polícia administrativa e a polícia judiciária, espécies da polícia administrativa em sentido lato.<sup>963</sup> A polícia administrativa tem por competência a manutenção da ordem pública, a garantia dos direitos fundamentais, na atuação preventiva e fiscalizatória ao ilícito administrativo e criminal, mas quanto a este diz respeito apenas à prevenção do risco e da lesão ao bem jurídico. Por outro lado, compete à polícia judiciária a prevenção do ilícito criminal *stricto sensu*, ou seja, a prevenção reativa à lesão do bem jurídico e prevenção dos efeitos colaterais da lesão do bem jurídico; além da repressão dos crimes e atuação na investigação criminal e cooperação internacional, com vistas a preparar a ação penal.<sup>964</sup>

Podemos afirmar que há quatro critérios para diferenciar ambas as polícias: o critério do binômio repressão/prevenção; o critério do ilícito; o critério do âmbito de atuação e o da competência do órgão para o seu exercício.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>965</sup> a distinção entre a polícia administrativa e a polícia judiciária ocorre principalmente em três momentos: enquanto aquela tem o caráter preventivo, atuação, em grande parte, fiscalizatória e incidência sobre bens, direitos e

---

As conclusões do voto vencedor, constante da ementa, resumem a questão: a) o Poder de polícia não se confunde com segurança pública, de modo que o seu exercício não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais detentoras das funções de promoção da segurança pública b) a fiscalização do trânsito constitui exercício de poder de polícia, não havendo óbice ao seu exercício por entidades não policiais c) o Código de Trânsito Brasileiro estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito d) os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal e) o art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município.

<sup>962</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 639.

<sup>963</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2008. p. 932.

<sup>964</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 196.

<sup>965</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 826.

atividades, na análise do ilícito administrativo. Já a polícia judiciária tem o caráter repressivo, sendo exercida por órgãos de segurança, que cumula a função com a polícia administrativa, com o objetivo de reprimir atividades delinquentes através da instauração policial criminal e captura dos infratores da legislação penal.

Acerca dessa diferença, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>966</sup> afirma que

O Estado atua na prevenção (precedendo o rompimento da ordem pública) e na repressão (sucendo o rompimento da ordem pública) desempenhando funções de polícia de ordem pública. Também atua no desempenho da função de polícia judiciária, quando da preparação da repressão penal.

Daí decorrem as duas modalidades de polícia que atuam na segurança pública: a polícia administrativa de ordem pública e a polícia judiciária, cada uma delas desempenhando funções distintas e definidas, embora possam estar cumuladas na mesma instituição, tudo dependendo dos critérios do legislador.

Sobre a polícia administrativa, o Ministro Alexandre de Moraes<sup>967</sup> assevera que

É também chamada de Polícia preventiva e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Urge observar que, em regra, a polícia administrativa age preventivamente,<sup>968</sup> com o objetivo de impedir a conduta antissocial e, por conseguinte, sua atuação primordial é a fiscalização. Entretanto, essa delimitação não é absoluta, haja vista que, em vários momentos, a polícia administrativa exerce a atividade repressiva, quando caracteriza o atributo da exigibilidade, tal como a imposição de multas e advertências, e/ou da executoriedade, tal como a suspensão de atividades ou reboque de veículos. Da mesma forma, a polícia judiciária pode exercer atividades preventivas, como, por exemplo, a inibição de crimes, a prevenção e inibição de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, dentre outros (art. 144, § 1º, inc. II, da CF/88).

Dessa forma, esse critério isolado não é o suficiente para a distinção entre a polícia administrativa e a judiciária. Para aperfeiçoar a distinção, é necessário notar que a polícia

<sup>966</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 328-329.

<sup>967</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1817.

<sup>968</sup> José Tércio Fagundes Caldas Júnior afirma que “A atividade policial tem sido comumente classificada conforme o momento de atuação. Quando a atuação se estabelece antes do evento danoso, diz-se uma polícia preventiva, se atua após, diz-se uma polícia repressiva. Desta forma, a polícia preventiva é classificada como “polícia administrativa” e a polícia repressiva é classificada como “polícia judiciária”. CALDAS JÚNIOR, José Tércio Fagundes. **Fórum Brasileiro da Segurança Pública**. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/content/pol%C3%ADcia-administrativa-ou-preventiva-e-pol%C3%ADcia-judici%C3%A1ria-ou-repressiva>>. Acesso em: 22 set. 2018.



administrativa atua sobre o ilícito administrativo, enquanto a judiciária, sobre o ilícito penal. E ainda: aquela polícia recai sobre bens, direitos e atividades; por outro lado, a judiciária recai penas sobre pessoas.

A polícia Judiciária<sup>969</sup> tem por objetivo a preparação, formalização e maturação da pretensão punitiva do Estado, de modo que se a investigação concluir pela ocorrência de um ilícito penal, ela irá ser desaguar em uma ação penal. A polícia judiciária tem o papel primordial e exclusivo de auxílio do Poder Judiciário.<sup>970</sup> Celso de Bastos<sup>971</sup> afirma, pois, que a polícia administrativa exaure-se em si própria, vez que “dada uma injunção, ou emanada uma autorização, encontra-se justificados os respectivos atos, não precisando ir buscar seu fundamento em nenhum ato futuro.” Por outro lado, a polícia judiciária busca as razões em questões estranhas ao ato praticado, com a intenção de submeter toda a investigação ao Poder Judiciário. Após isto, esvai-se a competência para a prática do ato.

Nesse sentido, Sérulo Correia<sup>972</sup> ensina que

---

<sup>969</sup> Na busca pela conceituação da polícia judiciária, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues afirmam que “De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações penais, visando angariar elementos para apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. Neste aspecto, destacamos o papel da Polícia Civil que deflui do art. 144, §4º, da CF, verbis: “no que nos interessa, a polícia judiciária tem a missão primordial de elaboração do inquérito policial. Incumbirá ainda à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; cumprir os mandados de prisão e representar, se necessário for, pela decretação de prisão cautelar (art. 13 do CPP)”. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 123.

<sup>970</sup> Paulo Gustavo Guedes Fontes afirma que “destacada da apuração de infrações penais, a função de polícia judiciária, ao menos no direito constitucional pátrio, deve ser entendida de forma mais restrita, circunscrita à colaboração das forças policiais com o Poder Judiciário no curso do procedimento penal, abrangendo o cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão e a realização de perícias e de outras diligências”. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Investigação criminal*. Direito comparado dá razão ao Ministério Público. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2005. Disponível em <[http://www.jfse.jus.br/noticiasbusca/noticias\\_2005/setembro/invest\\_crim.html](http://www.jfse.jus.br/noticiasbusca/noticias_2005/setembro/invest_crim.html)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>971</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 153.

<sup>972</sup> CORREIA, Sérulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, 1994. p. 406. O autor ainda chama atenção que em França, nomeadamente, a jurisprudência do Tribunal de Conflitos e do Conselho de Estado assenta a linha divisória entre polícia judiciária e polícia administrativa na circunstância de as decisões ou operações se encontrarem ou não em relação com uma infracção penal determinada. Trata-se de mais uma concretização do princípio da separação das autoridades judiciais e administrativas, que não tendo consequência a jurisdicionalização, desta função de polícia e, portanto, a sua retirada do campo da actividade administrativa, se reflecte num regime peculiar. p. 405. Em relação a Portugal, o autor ensina que “a Polícia de Segurança Pública (PSP) portuguesa é uma força policial armada e uniformizada que tanto possui competência genérica para manter ou repor a ordem e tranquilidade públicas como para praticar actos processuais e de averiguação que lhe forem cometidos por lei em matéria de processo penal (D.L n.º 151/85, de 9 de Maio, arts. 1.º, 5.º, alínea a) e 6.º, alínea 3). Mas, no sistema português, também existe um outro serviço de polícia, denominado Polícia Judiciária, que a lei qualifica como <<um órgão de polícia criminal auxiliar da administração da justiça, organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Justiça e fiscalizado pelo Ministério Público>>, que tem como atribuições <<a prevenção e a investigação criminal, bem como a coadjuvação das autoridades judiciárias...>>. A polícia judiciária é um serviço especializado na polícia judiciária em sentido funcional, ao passo que a Polícia de Segurança Pública (PSP) é um serviço de polícia principalmente encarregado de tarefas de polícia administrativa de segurança pública mas que também recebe da lei algumas competências de polícia judiciária” p. 406.

“A diferença principal de regime entre a polícia judiciária e a polícia administrativa reside em medidas *standard* de polícia judiciária serem actos regulados pelo Direito Processual Penal e não pelo Direito Administrativo. Por outro lado, o poder último de direcção dos agentes que praticam actos de polícia judiciária – ou, ao menos, o poder de supervisão sobre esses actos – cabe, em regra, a magistrados judiciais ou do Ministério Público.

O papel instrumental ou adjuvante dos actos de polícia judiciária em relação ao desempenho da função jurisdicional penal leva a que o contencioso daqueles actos caiba normalmente aos tribunais judiciais comuns, enquanto que a discussão de legalidade dos actos de polícia administrativa se desenvolve perante tribunais administrativos, salvo derrogação legislativa”<sup>973</sup>

Por fim, a polícia administrativa é exercida por todos os órgãos da segurança pública, descritos no art. 144 da Constituição Federal, dentre outros órgãos e entidades com competência para tanto, tal como as agências reguladoras e as autarquias responsáveis pela regulação profissional. Já a polícia judiciária é exercida exclusivamente pela Secretaria Estadual de Segurança, em cuja estrutura está inserida, em regra, a polícia civil<sup>974</sup> e a polícia militar.<sup>975</sup>

### 6.3 A PRIVATIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

A segurança pública é vista e colocada no rol das atividades exclusivas e, por conseguinte, indelegáveis do Estado. Entretanto, esta afirmação está atrelada, normalmente, à segurança pública no exercício da força do Estado. Devemos nos ater que a segurança pública, enquanto função pública estatal, é bem mais ampla do que o exercício da força, embora este seja a principal consequência e fase da sua atuação. Mas não podemos deixar de observar que a segurança pública, relacionada à ideia de manutenção da ordem pública, envolve a prevenção, fiscalização, inteligência, investigação, bem como cooperação internacional, além de ser um direito fundamental do cidadão e responsabilidade de todos.

Ademais, embora a segurança pública seja matéria de competência exclusiva do Estado, há situações excepcionais em que há a possibilidade de a entidade privada conferir a

<sup>973</sup> Miguel Nogueira de Brito, em sentido parecido, afirma que “a principal diferença entre as duas polícias é de regime: em regra, os actos da polícia judiciária são regulados pelo Direito Processual Penal e não pelo Direito Administrativo; o poder de direcção ou supervisão dos agentes que praticam actos de polícia judiciária é, também em princípio, exercido por um magistrado judicial ou do Ministério Público; os actos de polícia judiciária são sindicáveis nos tribunais comuns, enquanto a discussão da legalidade dos actos de polícia administrativa é travada nos tribunais administrativos.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 286.

<sup>974</sup> A Lei nº 12.830/2013 dispõe em seu art. 2º que “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.”

<sup>975</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.115.

sua contribuição. No ordenamento jurídico brasileiro – algumas situações, embora não previstas nem reguladas pelo Direito,<sup>976</sup> são legitimadas pela prática comunitária – há diversas hipóteses em que os particulares assumem a atividade de garantir a segurança para os cidadãos. Fernando Sainz Moreno<sup>977</sup> afirma que, para qualificar o exercício dessa atividade pelo privado, são necessários alguns requisitos, principalmente a profissionalização. Ou seja, o privado deve atuar de forma profissional, de modo que a colaboração eventual não caracteriza o seu exercício. O autor cita como exemplos dessa atividade o “*guardapescas*” jurados marítimos, “*guarda piscícolas y fluviales*”, guarda florestal, guardas jurados, guardas rurais, vigilantes jurados de segurança,<sup>978</sup> vigilantes noturnos,<sup>979</sup> detetives privados.<sup>980</sup>

Dessa forma, o presente estudo tem por objetivo analisar os espaços em que pessoas privadas podem contribuir e participar da segurança pública.

### 6.3.1 O monopólio do uso da força pelo estado

Segundo os contratualistas, o Estado é um contrato social, com o objetivo de tutelar o interesse da sociedade, de modo a regular esta e garantir a paz entre os cidadãos. Para Thomas Hobbes, há a necessidade de um governo superior aos cidadãos, com o objetivo de garantir a

---

<sup>976</sup> João Afonso afirma que, em diversas situações, a lei não faz referência à delegação de poderes públicos em entidades privadas, bem como não faz referência à natureza dos poderes exercidos por aquelas entidades. E isto violaria o “princípio da enumeração dos poderes públicos.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa, 2015. p. 211.

<sup>977</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1.709. O autor ainda entende que “estes serviços (serviços de vigilância privado) podem organizar-se e prestar-se por empresas especializadas, as quais utilizam ‘vigilantes privados’”. O Decreto Real 880/1981, de 8 de março, estabelece o regime jurídico das companhias privadas que realizam prestações privadas de serviços de segurança, sem prejuízo das competências que tem atribuídas os Corpos e forças de segurança do Estado (art. 1º), com os quais, em todo caso, devem colaborar prestando-lhes o apoio que seja requerido (art. 7º). Para o exercício de sua atividade, as companhias devem inscrever-se necessariamente no Registro da Direção Geral do Estado e estão sujeitas a inspeção e vigilância das Jefaturas Superiores, comissionarias provinciales e locais de Polícia”. p. 1712-1713.

<sup>978</sup> Conforme o autor, “o cargo de vigilante jurado é incompatível com a situação de serviço ativo nas forças armadas e corpos de segurança do Estado ou de outras entidades territoriais, e também com o exercício da profissão de detetive privado ou de auxiliar dos mesmos (art. 1º, 2, do Decreto de 1978, reformado em 1993), devendo dedicar-se dentro da entidade ou empresa em que prestam seus serviços, única e exclusivamente, a função de segurança para a que tem sido designado, não podendo simultanear a mesma com outras funções da empresa” MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1.712.

<sup>979</sup> Para o autor, “os vigilantes noturnos tendran a condição de auxiliares das Forças de Ordem Pública, a cujos membros devem prestar toda a ajuda que fora necessária, incluso sem requerimento prévio” MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1.713.

<sup>980</sup> MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983. p. 1.709. Para o autor, essas pessoas tornam-se agentes públicos, em virtude do exercício da função de segurança; mas não funcionários públicos, em razão da ausência de vínculo com o Estado.

paz social, vez que a ausência desta regulação por um ente político superior findaria no caos. Assim, os indivíduos cedem uma parcela da sua liberdade para o Estado, o qual terá como objetivo a realização do bem geral: a segurança dos súditos é o objetivo do Estado.<sup>981</sup> Conforme o filósofo inglês

o fim desta instituição é a paz e a defesa de todos, e visto que quem tem direito a um fim tem direito aos meios, constitui direito de qualquer homem ou assembleia que detenha a soberania o de ser juiz, tanto dos meios para a paz e a defesa quanto de tudo que possa perturbar ou dificultar estas últimas.

Para o exercício da sua função, o exercício da força faz-se imprescindível para que a paz pública, a segurança e o uso e gozo da sociedade sejam assegurados: apenas o Estado pode exercer a força dentro do seu território, de forma legítima; sendo aquela, inclusive, uma forma para afirmar a sua soberania.<sup>982</sup> E esta legitimidade é fundamental para justificar o exercício da força estatal sobre os indivíduos, sob pena de ocasionar uma corrosão social.

Ressalta-se que a utilização da força estatal não é observada apenas através da força física (violência legítima).<sup>983</sup> Na verdade, esta deve ser a última a ser utilizada, até mesmo porque corresponde ao meio mais gravoso de atuação sobre os direitos fundamentais, a maior agressão à esfera jurídica dos indivíduos, razão pela qual justifica-se somente para a proteção de direitos fundamentais.<sup>984</sup> Por outro lado, a força do Estado é observada primariamente através das normas jurídicas, as quais, em razão da sua natureza deôntica, traz uma obrigação, permissão ou proibição ao cidadão, cuja inobservância implica na aplicação de uma sanção.<sup>985</sup> Somente em último caso e, portanto, de forma excepcional, deve-se recorrer à força física. Contudo, o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos o monopólio estatal da violência legítima.

<sup>981</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril, 1974. p. 113.

<sup>982</sup><sup>982</sup> Marçal Justen Filho assevera que uma das “características do chamado *Estado Moderno*, instaurado no Ocidente a partir do Tratado de Westfalia, de 1648, consistiu no *monopólio da violência*”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 97.

<sup>983</sup> Conforme Jacques Chevallier, um dos aspectos essenciais do monopólio estatal da força consiste em ela ser um poder jurídico, expressado por normas jurídicas. Outro aspecto essencial seria a força material, que é, em essência, estatal, mediatizada pelo Direito. Em relação ao monopólio, o Estado possui um poder incondicionado e irresistível, do qual não pode renunciar. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007. p. 90-92.

<sup>984</sup> A Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 29, II, dispõe que “No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

<sup>985</sup> Ver: BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 61-62; e BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

Max Weber,<sup>986</sup> por sua vez, entende que o sucesso do Estado dependeria do monopólio do uso legítimo da força física pelo ente político. Uma das condições inalienáveis e básicas do Estado constitucional é o monopólio da violência legítima. Conforme Weber,<sup>987</sup> “é próprio de nossa época o não reconhecer, com referência a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere. Nesse caso, o Estado se transforma na única fonte do 'direito' à violência”.

Assim, o teórico alemão<sup>988</sup> afirma que

Todo Estado fundamenta-se na coação (...). Se existissem apenas complexos sociais que desconhecêssem o meio da coação, teria sido dispensado o conceito de Estado; ter-se-ia produzido aquilo a que caberia o nome de *anarquia*, neste sentido específico do termo. Evidentemente, a coação não é o meio normal ou o único do Estado — não se cogita disso —, mas é seu meio específico. (...)

O Estado reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do direito de exercer coação.

Aline Lícia Klein<sup>989</sup> assevera que a origem do monopólio estatal do uso legítimo da força decorre do poder de polícia como função do Estado Moderno. A autora<sup>990</sup> complementa ao afirmar: “ao se retirar dos cidadãos o direito de fazer uso da força contra outros cidadãos, salvo casos excepcionais expressamente previstos na lei, atribuiu-se ao Estado o dever de fazer uso legítimo da força à medida que for necessário para a preservação da ordem social.”

O poder de exercer a violência legítima é inerente ao Estado Democrático de Direito. José Fernandes Nunes Barata afirma que seria uma contradição em termos caso o Estado não possuísse esse poder material de constrangimento.<sup>991</sup> Entretanto, não é suficiente que esse poder seja legítimo e monopólio do Estado, este ente deve exercê-lo de forma íntegra e eficiente.

Jorge Miranda<sup>992</sup> observa que “mesmo sem ser absoluto ou totalitário, o Estado [deve possuir] a sua *mística* de poder.” Se a atuação do Estado sobre a sociedade deve ser justificada, essa legitimação deve ser ainda mais forte quando estamos a discutir o exercício de autoridade estatal. O professor português<sup>993</sup> ensina que há uma relação direta e indissolúvel entre a

<sup>986</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 60.

<sup>987</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 60.

<sup>988</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. (Vol. II). p. 525 e ss.

<sup>989</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 229.

<sup>990</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 229.

<sup>991</sup> BARATA, José Fernando Nunes. **Autoridade**. in DJAP, I, 2a ed., Lisboa, 1990, (Vol. I). p. 616.

<sup>992</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. (Tomo I). p. 47.

<sup>993</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. (Tomo I). p. 48.

coercibilidade e a justiça: “*ao Estado cabe a administração da justiça entre as pessoas e os grupos e, por isso, tem de lhe caber também o monopólio da força física*”.

Não podemos deixar de mencionar que o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu inc. III, prevê que “*a vontade do povo será a base da autoridade do governo*.” Do mesmo modo, o art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal Brasileira de 1988, dispôs que “*todo o poder emana do povo*.”

Com isso, enquanto por um lado exige-se a eficiência na prestação desse serviço,<sup>994</sup> por outro, requer que haja a máxima legitimação para o seu exercício. Não se pode esquecer que essa atuação ocasiona a mais gravosa intervenção estatal sobre os direitos individuais. Por isso mesmo, faz-se imprescindível a sua manutenção sobre entidades públicas, com personalidade jurídica de direito público, o qual a irá exercer sob o regime de direito público, em busca, pois, da concretização do interesse público.

Nesse sentido, a possibilidade de uma delegação geral do uso da força acabaria por ir de encontro a um *limite constitucional absoluto de caráter objetivo*, que impediria exatamente essa transferência de funções ou tarefas públicas do exercício amplo de força aos particulares.<sup>995</sup> Aline Lícia Klein<sup>996</sup> ressalta que a ausência expressa desse monopólio no texto constitucional não inviabiliza o seu sentido, vez que, por ser essencial ao Estado Moderno, está implícito neste.<sup>997</sup> Paulo Otero<sup>998</sup> a coloca como uma “*reserva constitucional a favor das autoridades públicas*.” Pelo exposto, compreende-se que o Estado tem aqui o “*monopólio ou a exclusividade da satisfação de necessidades coletivas*”<sup>999</sup>, na medida em que a utilização do recurso à violência legítima deve servir, em exclusividade à realização do bem comum e manutenção da ordem pública.

<sup>994</sup> Aline Lícia Klein assevera: “Por deter o monopólio, o Estado tem o dever de empregar a força quando for imprescindível para a defesa dos cidadãos.” KLEIN, Aline Lícia. *Funções Administrativas do Estado*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 2.

<sup>995</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 953.

<sup>996</sup> KLEIN, Aline Lícia. *Funções Administrativas do Estado*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 230.

<sup>997</sup> Pedro Gonçalves assevera que, nos Estados Unidos, “pelo fato de não consagrar um monopólio estadual do emprego da força, o sistema jurídico norte-americano revela-se bastante generoso quer quanto à delegação de funções policiais em entidades privadas, quer quanto à extensão da segurança privada.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 955.

<sup>998</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 56.

<sup>999</sup> OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo**: Enquadramento Dogmático-Constitucional. Lisboa: Lex, 1995. (Vol. I e II). p. 48.

Entretanto, o que cabe questionar é se o monopólio do uso da força corresponde à sua exclusividade ou se é possível a utilização por particulares, mesmo que em regime excepcional. João José Rodrigues Afonso,<sup>1000</sup> em sua tese de doutorado, afirma que

O monopólio da violência legítima não significa propriamente o exercício exclusivo da violência, mas, antes, o direito exclusivo, de que se arroga o Estado, de prescrever e, portanto, proibir ou permitir a coerção ou a violência, na certeza de que a função ideal do monopólio é a ausência de toda violência efetiva, primando a persuasão e a força moral. NOZICK observa, com muita propriedade, que ‘O Estado reivindica o monopólio de decidir quem pode usar a força e quando’; diz que só ele pode decidir quem pode usá-la e em que condições; reserva-se o direito exclusivo de transferir a outrem a legitimidade e permissibilidade de qualquer uso de força dentro de suas fronteiras; e arroga-se também o direito de punir todos os que violam seu reivindicado monopólio.

Para Pedro Gonçalves, a delegação do poder de emprego de força iria de encontro à “regra segundo a qual o exercício de poderes públicos deve estar confiado a entidades que se encontrem, exclusivamente, ao serviço do interesse público.”<sup>1001</sup> Há uma concepção – não sei até que ponto acertada – de que empresas privadas sempre teriam por finalidade a busca pela maximização do lucro (“a miragem do lucro”),<sup>1002</sup> em detrimento de outros interesses; de modo que seria incompatível com tarefas públicas, vez que estas ficariam subjugadas a segundo plano, mesmo quando aquelas tivessem vinculações jurídicas de Direito Público. Por outro lado, entidades públicas, por não possuírem finalidade lucrativa, poderiam buscar a concretização do interesse público, de forma isenta, proba e impessoal.

<sup>1000</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 309. Ver também: PINHEIRO, Paulo Sérgio. O Controle do Arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos no Século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre de Gusmão, 2002. (Parte I). p. 333. Veja-se também: VIEIRA, Alessandro Daros; NASCIMENTO, Andrea dos Santos; CARDOSO, José Antônio. O Controle Social e as Novas Concepções Sobre a Polícia. **Revista Preleção**, Vitória, a. 7, n. 12, dez. 2013. p. 14 e ss.

<sup>1001</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 960.

<sup>1002</sup> CLEMENTE, Pedro José Lopes. O Paradigma da Polícia Privada. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (Coord.). **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004. 354. Conforme Adam Smith, o exército mais eficiente seria aquele em que os soldados fossem pagos pelo Estado e comandados por um agente público. Assim, a subordinação daqueles ao oficial decorreria de forma voluntária e natural. Por outro lado, enquanto os soldados fossem remunerados pelo Estado, eles não teriam outro objetivo senão servir ao senhor que o remunera. Dessa forma nenhum soldado colocaria seus interesses privados acima dos interesses da sociedade e do país. SMITH, Adam. **Lectures on Justice, Police, Revenue, and Arms**: delivered in the University of Glasgow by Adam Smith, reported by a student in 1763. Oxford: Clarendon Press, 1896. p. 263-264.

A coercibilidade integra a propriedade inalienável do Estado — *ius domini*. Pedro Gonçalves<sup>1003</sup> afirma que “a conexão constitucional entre Administração Pública e entidades exclusivamente dedicadas à prossecução do interesse público alcança, no caso de exercício de poderes públicos de autoridade, o sentido de uma regra constitucional não escrita.” O poder de exercer a força estaria inserido, então, no monopólio estatal de execução, de forma a não admitir um rompimento entre a titularidade e o exercício. Ou seja, o Estado deve possuir não apenas a titularidade, mas também o exercício legítimo da violência. Pedro Gonçalves<sup>1004</sup> ensina que a força física encerra sempre em si “uma dimensão não programável ou não determinável por antecipação, circunstância que potencia o risco de erros e mesmo de abusos.”, o que inviabilizaria a separação entre a titularidade e o exercício da força.

Para Pedro Gonçalves,<sup>1005</sup> a impossibilidade de determinar e definir as medidas coativas a empregar em cada caso concreto seria um impeditivo à delegação desses poderes de coação física aos particulares. Isso porque o princípio da enumeração dos poderes delegados consiste em um limite quantitativo a essa transferência, em razão de ser uma exigência da transparência nessa relação, permitindo, pois, o maior controle público. Por outro lado, o emprego da força consiste em medida com resultados imediatos, impossíveis de reversão ou correção, salvo medidas a posteriori, como a indenização. Por isso, o seu exercício apresenta uma gravidade maior que os demais poderes e tarefas estatais.

Aline Lícia Klein<sup>1006</sup> afirma que o Estado tem o monopólio não apenas do uso da força mas também da decisão acerca do melhor momento e modo para o emprego da coerção. De acordo com a autora, o uso da violência legítima acaba por recair sobre liberdades e propriedades dos cidadãos, de modo a restringi-los e, por conseguinte, a ser utilizado legitimamente somente quando necessário. Com isso, não obstante o uso legítimo da violência adotar um caráter instrumental, com fulcro na concretização dos direitos fundamentais, apenas o Estado detém a competência legítima para a sua utilização, bem como para a escolha do melhor momento e forma para tanto.

---

<sup>1003</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 960

<sup>1004</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 962.

<sup>1005</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 962. O autor pondera que “em princípio, o emprego da força tem lugar em circunstâncias que reclamam a tomada de decisões — quanto ao *se* e quanto ao *como* da utilização de meios coativos — cujo conteúdo depende, em grande medida, do contexto e do grau de ameaça ou de perigo concreto em que se encontram determinados bens jurídicos.” p. 961.

<sup>1006</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231.



João José Rodrigues Afonso<sup>1007</sup> aponta, ainda, como impedimento à delegação desse poder coativo, a própria ideia de “autoridade e soberania estatal”. Para o autor, é dever e direito do Estado, enquanto organização social, a proteção dos seus cidadãos – *ius protectionis* -, bem como o dever de garantir a segurança externa e interna e a sua própria proteção. E, ao permitir a delegação dessas atividades, perdendo a real supremacia sobre os indivíduos, o Estado deixaria de ser Estado, pois haveria uma perda da sua própria soberania.

João José Rodrigues Afonso complementa afirmando que

Tendo em conta que o uso da força coativa implica ‘a imediata consumação de efeitos ou resultados de facto, insuscetíveis de, mais tarde, virem a ser anulados ou retificados (não reversão dos factos)’, impere assegurar que, como instrumento indispensável e de emprego excecional para a garantia dos direitos constitucionais dos cidadãos e do interesse público, seja exercido num quadro cerrado de isenção, imparcialidade, objetividade e neutralidade e, sobretudo, no respeito pelo princípio da proporcionalidade, enfim, à margem de mãos que potenciem a violação dos princípios que regem a administração policial.

Embora concordemos com Pedro Gonçalves quanto ao monopólio do uso da força pelo Estado, não podemos deixar de ressaltar que a prestação da tarefa pública de segurança é um dever fundamental do ente político e, por conseguinte, um direito fundamental do cidadão. Com isto, pretendemos debater que, por ser um direito fundamental do cidadão, este não pode estar totalmente refém da prestação do serviço do Estado, principalmente quando o exercício desta tarefa é ineficiente e insuficiente. Se olharmos o exemplo do Brasil, o índice de criminalidade tem aumentado assustadoramente nas últimas décadas, de forma que a quantidade de pessoas assassinadas por 100 (cem) mil habitantes superou países que vivem em guerra declarada; o crime contra o patrimônio, tal como o roubo de carro, invasão de imóveis, sequestros relâmpagos chegou a níveis assustadores. Ora, se é função do Estado a prestação do serviço público de segurança, e este não fornece em níveis minimamente aceitáveis, deve, realmente, o cidadão ficar inerte, sem a possibilidade de realizar a defesa sua e da sua família, mesmo quando estamos a falar de um direito fundamental?

Esse questionamento não é fácil responder. E, de certo modo, a doutrina tem dito que, em virtude da força ser monopólio do Estado, não é possível a sua delegação a particulares. Apesar de, *a priori*, defendermos no sentido de que o serviço público *geral* de segurança pública ser competência do Estado, o conceito de público abrange, em certa medida, duas ou mais

---

<sup>1007</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 310.

peessoas, que ocupam um espaço público. Assim, entendo ser possível sim que grupos de pessoas contratem empresas privadas de segurança para atuar de forma específica e delimitada, com o objetivo de esta atuar subsidiariamente e assistencialmente ao ente público.

Nesse sentido, o monopólio da força continua a ser do Estado, mas não se pode furtar do cidadão o direito de se autodefender, em grupos específicos, através da contratação de empresas privadas de segurança, para atuar de maneira limitada e subsidiária ao ente público. João José Rodrigues Afonso afirma que não é aceitável, sob a perspectiva jurídico-constitucional – a delegação a entidades privadas de funções que impliquem o exercício de “poderes coercitivos a título regular e permanente.”<sup>1008</sup> Por isso, não é viável o exercício de funções genéricas de polícia e de segurança pública, vez que o inverso ocasionaria a possibilidade de polícias privadas.

Entretanto, o que propomos não é uma delegação genérica e de atuação geral da função da polícia, mas sim a permissão para uma atuação pontual e subsidiária, em regiões específicas para a defesa – na atuação da função preventiva – de determinada coletividade de pessoas e em espaços públicos ou semi-públicos. Não há espaço para abrir todos os domínios da segurança interna a entidades privadas; por outro lado, há alguns poucos espaços para essa “privatização”, apesar de ser uma esfera extremamente sensível da sociedade. Neste caso, Pedro José Lopes Clemente reconhece que a possibilidade do uso de emprego de força privada em situações excepcionais não inviabiliza o princípio de que o Estado possui o monopólio do uso da força e a Administração Pública o exercício legítimo da violência. E ainda: ao nosso ver, essa possibilidade fortalece o regime democrático e a auto participação da sociedade na busca pelo enfrentamento dos seus próprios problemas sociais. Não podemos esquecer que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, dispõe que a segurança pública não somente é um dever do Estado, mas também direito e *responsabilidade* de todos.

Atualmente, em casos excepcionais, geralmente em situações de flagrante impossibilidade de recorrer à autoridade pública, o Estado “devolve ao povo o poder privado de usar a força física contra pessoas ou coisas para a salvaguarda de seus próprios direitos,”<sup>1009</sup> tal como ocorre com a legítima defesa, flagrante delito ou figuras decorrentes do direito de resistência, em proteção da propriedade etc. Obviamente que esta prática deve atender aos

---

<sup>1008</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 311.

<sup>1009</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 311.

limites previstos e possibilitados pelo ordenamento jurídico, “sendo certo que só ao tribunal compete reconhecer a posteriori a legitimidade e, sobretudo, a legalidade do ato.”<sup>1010</sup>

Ora, se é certo que os particulares podem se defender de forma pontual, utilizando-se dos meios necessários, em virtude da existência de uma agressão “injusta, atual ou iminente, ao direito seu ou de outrem”,<sup>1011</sup> por que esses mesmos particulares não poderiam atuar de forma preventiva e profissional com o objetivo de essas agressões nem chegarem a acontecer ou, caso aconteça, já haver os meios próprios para assegurar o seu direito?

Inicialmente, João José Rodrigues Afonso<sup>1012</sup> ensina que há dois momentos temporais importantes na questão da segurança. O primeiro momento seria a prevenção temporal em sentido lato, cujo objetivo é a vigilância no domínio da prevenção do perigo e da (risco de) lesão a determinado bem jurídico. Apenas quanto esta falha é que há a função de prevenção criminal em sentido estrito, que seria a repressão da criminalidade, cujo objetivo é a prevenção “reativa à lesão do bem jurídico e a prevenção dos efeitos negativos colaterais da lesão do bem jurídico.” É apenas neste segundo momento que há a efetiva utilização da “violência legítima” pelos agentes de segurança para a captura e detenção dos suspeitos, em flagrante delito.

Desta feita, a segurança privada, para o autor, estaria presente apenas no primeiro momento. Para o autor,<sup>1013</sup>

a atribuição deste segundo domínio temporal da prevenção criminal *lato sensu* a uma entidade privada arrastaria, forçosamente, o poder de recurso ou uso da força física. A criação de uma polícia privada por via de uma privatização material total da função de segurança pública — com natureza próxima ou equivalente da de uma força de segurança — equivale a despir o Estado do monopólio do recurso à coação direta sobre pessoas ou coisas e, com isso, a uma perda, em substância, do espaço estatal onde opera o exercício próprio e pleno de prerrogativas de *ius imperii*.

*Data máxima vênia*, apesar do uso permitido aos particulares seja o exercício preventivo, correspondente ao primeiro momento temporal, haverá situações limítrofes ao analisar tais espaços temporais. Embora a atuação do particular tenha de ser subsidiária à tarefa

<sup>1010</sup> CLEMENTE, Pedro José Lopes. O Paradigma da Polícia Privada. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (Coord.). **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004. 362.

<sup>1011</sup> Conceito de legítima defesa, conforme o art. 23 do Código Penal, o qual estabelece como uma excludente de responsabilidade.

<sup>1012</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 312.

<sup>1013</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 312.

estatal, no momento em que ele passa a atuar de forma preventiva, deve-lhe ser permitido o uso da força nos estritos limites, necessários e razoáveis, para eliminar o perigo ao bem jurídico tutelado. Esta seria exatamente a hipótese de capturar e deter os suspeitos até a efetiva chegada das autoridades públicas, para que estes possam dar o encaminhamento necessário. Seria ilógico supor que a captura e a detenção de suspeitos da prática de um crime possa sempre acontecer sem o exercício da força; e, por outro lado, a tarefa preventiva seria esvaziada se não lhes for permitido o complemento desta atividade: a paralisação da iminente violação ao bem jurídico protegido. Essa interpretação pode ser extraída, ainda, ao nosso ver, do art. 301 do Código de Processo Penal, quando este afirma que “*qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.*” Vejamos que a lei confere a faculdade aos particulares para deter aquele que seja encontrado em flagrante delito.

Para Aline Lícia Klein,<sup>1014</sup> as empresas de segurança privada apenas atuam no âmbito privado e no exercício de poderes privados, conferidos a qualquer pessoa, tal como a legítima defesa e o flagrante delito. A autora<sup>1015</sup> complementa com a seguinte afirmação: “isso significa que os atos praticados no âmbito da segurança privada são atos privados, que apenas podem envolver o manejo dos poderes a todos reconhecidos para fins de autodefesa e para afastar dano iminente”. Por isso, os atos têm como limite legal o mesmo para aqueles praticados em legítima defesa.

Não obstante a defesa perpetrada pela autora, é inegável que a ampliação da segurança privada, com a permissão jurídica para atuar em legítima defesa, inclusive de terceiros, traz contribuição indispensável à segurança pública. Muito embora o papel primordial da segurança privada seja com vistas a proteger o interesse privado, isso não corresponde a uma divisão estanque que impeça o agente privado de agir quando envolto de uma quebra da manutenção da ordem pública. Esta situação fica mais evidente em espaços semi-públicos, como shoppings, escolas, hospitais etc, que há uma maior interação e entrelaçamento entre interesse público e privado. A atuação do agente privado, por sua vez, seja para atuar em flagrante delito e/ou em legítima defesa de terceiros, auxilia reflexamente o exercício da segurança pública, de modo a colaborar para uma melhor segurança para toda a sociedade.

---

<sup>1014</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 354.

<sup>1015</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 354.

Desta feita, os agentes privados de segurança, no exercício de sua atuação preventiva, ao se depararem com uma ameaça frontal a um determinado bem jurídico, devem poder, na medida do possível e sempre de modo proporcional, buscar capturar e deter os suspeitos, com o objetivo de entrega-los à força policial.

Nesse sentido, a segurança privada passa, aos poucos, a assumir tarefa extremamente importante para a sociedade, seja auxiliando a segurança pública seja no auxílio da polícia judiciária, o que, por outro lado, acaba por gerar diversos riscos. Por isso, Tribunais Superiores de outros Estados têm decidido que essas atividades devem ser reservadas a nacionais, pessoas física ou jurídica. Sobre o assunto, Pedro Gonçalves<sup>1016</sup> afirma que

Num grupo de três decisões, o Tribunal de Justiça toma posição sobre a natureza da actividade de segurança privada (Acórdãos Comissão/Espanhola, de 29/10/98 (proc. C-114/97), Comissão/Bélgica, de 09/03/2000 (proc. C-355/98), e Comissão/Itália, de 31/05/2001 (proc. C-283/99): tais decisões pronunciaram-se sobre leis (de Espanha, da Bélgica e da Itália) que reservaram a nacionais (empresas e pessoal) o acesso à actividade de prestação de serviços de segurança privada. Os Governos envolvidos defendiam a solução, afirmando que a actividade de segurança privada implica o exercício da autoridade pública, sobretudo na medida em que as empresas de segurança privada cumprem uma função complementar e de auxílio ao Estado na execução da tarefa de manutenção da segurança pública. No caso particular da Itália, o Governo esclarecia que os guardas particulares ajuramentados exerciam funções de polícia judiciária, tendo a faculdade legal de levantar autos de notícia com valor probatório, bem como o poder de deter em flagrante delito. O Tribunal decidiu (nos três casos) que a actividade de segurança privada não constitui uma participação directa e específica no exercício da autoridade pública, tratando-se de uma actividade exercida segundo o direito privado, com base em relações de direito privado; a simples contribuição para a manutenção da segurança pública, que todo e qualquer indivíduo pode ser chamado a dar, não integra o exercício da autoridade pública. Por outro lado, quando, em situações determinadas, as empresas de segurança privada são chamadas a auxiliar ou assistir forças de segurança pública, elas actuam no contexto de uma função apenas auxiliar, estando àquelas forças reservado o exercício de poderes de coerção e de autoridade pública. Por fim, ainda que a lei confira às empresas ou ao respectivo pessoal um poder especial (v.g. um poder de detenção em caso de flagrante delito não grave), está em causa um poder que constitui um elemento destacável do conjunto de actividade profissional que não pode justificar que o profissional escape, no seu todo, ao respeito das disposições do Tratado relativas à liberdade.

De todo modo e da forma como já abordado anteriormente, entendemos que há um fortalecimento do regime democrático quando a própria sociedade atua a solucionar os seus próprios problemas, sem a presença de um ente político superior para atuar de forma hierárquica e impositiva.

---

<sup>1016</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 95.

Isto posto, entendemos que o exercício da força, muito embora não estejam no rol de possibilidades de delegação ao particular, admitem sim, em situações específicas e de forma limitada, a participação dos particulares, em partilha de responsabilidade com o Estado, para agir de forma subsidiária e complementar a este ente político.

### 6.3.2 A delegação do poder de polícia a particulares

O poder de polícia é um instituto clássico do Direito Administrativo. Aline Lícia Klein<sup>1017</sup> ensina que o poder de polícia é um legado do Estado absolutista, que foi reconicionado pelo Direito.<sup>1018</sup> E, com o advento do Estado de Direito, houve a sua readequação para a ser utilizado com a norma forma de exercício do poder político. Em linhas gerais, Aline Klein afirma que os elementos dessa atividade de polícia são a imposição de restrições, limitações ou condicionamentos à autonomia privada, desde que previamente estipulado por lei. Ou seja, é a limitação da atividade privada, inclusive mediante força, nos limites permitidos por lei e com o objetivo de preservação da ordem pública.<sup>1019</sup>

O poder de polícia, no Estado de Direito, o qual inicial com o Estado liberal, é uma forma do Estado atuar com poder de império na aplicação e execução, forçosa e unilateral, da lei sobre o particular.<sup>1020</sup> Entretanto, com a ampliação do Estado e de suas tarefas e atividades públicas,<sup>1021</sup> ingressando cada vez mais nas diversas áreas da sociedade, a definição do poder de polícia se torna cada vez mais difícil.<sup>1022</sup>

<sup>1017</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232.

<sup>1018</sup> Miguel Nogueira de Brito afirma que “a actividade de polícia surge, no contexto do Estado de Polícia, como uma actividade eminentemente discricionária, <<subtraída à lei e regida pela vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 290.

<sup>1019</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232.

<sup>1020</sup> Ver: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993. O autor afirma que “a ideia de poder de polícia foi cunhada para um Estado Mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para a convivência de direitos. Daí haver-se definido o poder de polícia como imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer. Mas, modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico.” p. 14.

<sup>1021</sup> Carlos Ari Sundfeld faz a seguinte crítica: “Quando se observa o surgimento de novos ramos, como os direitos econômico, urbanístico, ambiental (...), todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles” SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 15.

<sup>1022</sup> Para Alexandre Santos Aragão o objeto do poder de polícia é “todo bem, direito ou atividade que puder afetar a coletividade” ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 190. De forma parecida, Marçal Justen Filho ensina que “A atividade de poder de polícia se orienta a produzir

Apesar da evolução do instituto e da discussão na doutrina, ele está atrelado à atuação administrativa na limitação do exercício dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade. Entretanto, a sua instituição e limitação deve decorrer da lei, vez que não se admite a existência de competências anteriores ao Estado, independentes do seu reconhecimento pelo Direito.

Ressalta-se que concordamos com Diogo de Figueiredo Moreira Neto quando este propõe o abandono da ideia de poder de polícia como um “poder do Estado” para associá-lo ao instituto da função estatal. Segundo o autor,<sup>1023</sup>

É necessário iniciar-se, assim, com uma reflexão sobre o próprio conceito de poder de polícia, propondo-se o abandono em definitivo da ideia de que se está diante de um tipo especial de poder do Estado próprio ou exclusivo da Administração Pública, para aceitar a visão mais moderna e mais ampla, que vem tomando fôlego doutrinário, de que se trata apenas de um tipo de função estatal a ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e das leis.

Não obstante isto, Carlos Ari Sundfeld vê sua delimitação como problemática, sendo

O mais grave deles – que modernamente se quis eliminar, com a exclusão da palavra poder, passando-se a referir apenas a *polícia* administrativa – é seu timbre autoritário. Reconhecer à Administração um poder de polícia parece significar algo além da mera descrição da função de *aplicar as leis* reguladoras dos direitos, único sentido que a expressão poderia ter no Estado de Direito. *Poder de polícia* parece ser mais que isso.<sup>1024</sup>

Conforme Otto Mayer,<sup>1025</sup> “o Poder de Polícia consiste na ação da autoridade para fazer cumprir o dever, *que se supõe geral*, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública.”<sup>1026</sup> Ao comentar a afirmação de Otto Mayer, Carlos Ari Sundfeld<sup>1027</sup> afirma que

---

a realização de direitos fundamentais do conjunto dos integrantes da coletividade” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 586.

<sup>1023</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131.

<sup>1024</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11.

<sup>1025</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1950. (Tomo II). p. 19.

<sup>1026</sup> Sérulo Correia anota que “Os conceitos de polícia não é o mesmo nos Direitos de regime administrativo e nos regimes anglo-saxónicos. Nos direitos nacionais onde existe um Direito Administrativo ligado, na sua génese, ao modelo francês de origem napoleônica, a polícia é, antes de mais, concebida como um dos modos típicos da actividade administrativa: uma actividade caracterizada pelo fim da prevenção de danos ilegais e pela restrição da liberdade das condutas individuais que envolvam o perigo de gerar esses danos. No Direito inglês, a polícia é apenas um sistema altamente descentralizado de forças de manutenção da ordem, tendo cada uma delas por vértice da respectiva estrutura hierárquica uma autoridade independente: um chief constable. A inexistência na dogmática do Direito Administrativo inglês de uma figura como a do acto administrativo (*décision exécutoire*) e, portanto, do acto de polícia, constituirá porventura a principal razão para que a ideia jurídica de polícia não tenha incorporado uma vertente funcional a par da vertente orgânica” CORREIA, Sérulo. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), **Dicionário Jurídico da Administração Pública**, Vol. VI, 1994. p. 393/394.

<sup>1027</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11. O autor ensina ainda que “De um lado fica reconhecido seu perigo. Impossível fugir à carga negativa da palavra. (...) Nunca foram eles (os riscos) tão grandes, agora que o Poder Público amplia rapidamente suas funções (...), para

O poder de polícia surge, nessa definição, como correlato dever (não expresso na lei, mas suposto) de os particulares respeitarem dado valor, jurídico por natureza: a boa ordem da coisa pública. A competência para cuidar dele é implícita, parecendo normal que, além de dispor de todos os instrumentos para fazê-lo, a Administração defina com autonomia seu conteúdo. Daí admitir, mesmo inconscientemente, a existência de poderes não previstos em lei, mas supostos na competência para cuidar da boa ordem da coisa pública, é um passo. O grande problema é que nada disso se compatibiliza com o princípio da legalidade administrativa.

Agustín Gordillo,<sup>1028</sup> por sua vez, entende que o poder de polícia seria sempre uma atividade sublegal e corresponderia, simplesmente, na aplicação da lei. Acrescento aqui que o poder de polícia não está apenas vinculado à lei, mas principalmente à Constituição, com fulcro no princípio da juridicidade, bem como diretamente aos direitos e garantias fundamentais. Assim, não obstante, em regra, haver a previsão para a atuação com certa discricionariedade no exercício do poder de polícia; a discricionariedade não implica em arbitrariedade, de modo que há limites a serem observados, sendo os principais dele a Constituição Federal, a lei e os direitos fundamentais.

Nesse sentido, concordamos com Salvador Villagra Maffiodo, quando assevera que

Enquanto a Constituição consagra os direitos e liberdades, o Direito Administrativo policial os regulamenta e limita. Aquela se apresenta como *teoria das liberdades* e este como *teoria da ordem*. A oposição é mais aparente que real, porque não podem existir direitos e liberdades individuais ilimitados, que se destruiriam reciprocamente. De modo que o Direito Policial, corretamente entendido e executado, pode ser qualificado como *defesa da liberdade*.<sup>1029</sup>

Da mesma forma ensinou Caio Tácito<sup>1030</sup> ao delinear o poder de polícia como

O conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade, porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem

---

que se aceitem injunções de toda ordem sobre a liberdade e a propriedade, impostas sem qualquer fundamento legal específico. (...) Em suma, o Constituinte aceitou o custo da defesa da liberdade. Um preço caro, com efeito, mas que valia pagar, conhecendo-se as consequências de atribuir à Administração poderes indefinidos e, por isso mesmo, ilimitados” p. 12.

<sup>1028</sup> GORDILLO, Agustín. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984. p. 535.

<sup>1029</sup> MAFFIODO, Salvador Villagra. **Principios de Derecho Administrativo**. Asunción: El Toro, 1981. p. 190-191.

<sup>1030</sup> TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, v. 27, 1952. p. 2. Para Diógenes Gasparini, é a “atribuição que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social.” GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 473.



com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a noção de poder de polícia em oposição à ideia de serviço público. O poder de polícia seria

A atividade (jurídica) da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo.<sup>1031</sup>

Assim, na lição do doutrinador brasileiro, o poder de polícia tem como objetivo a restrição, limitação e condicionamento ao exercício dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, inclusive com a possibilidade de penalização dos particulares; tudo com o fito de ordenar o convívio social.

Todavia, conforme leciona Aline Klein, há uma tendência de as atividades materiais de polícia serem qualificadas como serviço público.<sup>1032</sup> Concordamos com essa defesa, sem esquecer que, de acordo com a lição da autora,

A prestação de serviço público implica também, ainda que com caráter acessório, o manejo de poderes estatais para restringir a liberdade e a propriedade na medida necessária para se garantir a prestação de utilidades essenciais à coletividade.<sup>1033</sup>

Assim, a autora<sup>1034</sup> faz nota que

---

<sup>1031</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 541. Em outra oportunidade, o autor explana que o poder de polícia é “ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao exercício da liberdade e da propriedade das pessoas a fim de compatibilizá-lo com o bem-estar social. Compreende-se, então, no bojo de tal atividade a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividades, apreensões).” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 291.

<sup>1032</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 320.

<sup>1033</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 320.

<sup>1034</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 323 e ss. Assim, em outro momento, ela afirma que “É importante, portanto, atentar para a natureza da atividade para identificar quando elas são apoiadas ou dependentes do poder extroverso estatal e por isso são soberanas e indelegáveis (serviços que dependam da autoridade seriam função pública; serviços de caráter exclusivamente ou predominantemente prestacional seriam serviços públicos). Os primeiros, se deslocados para fora do Estado, levam a descaracterização da atividade enquanto função pública e representam uma quebra do sistema. No segundo caso (serviços públicos), que tem o caráter de uma prestação de oferecimento de uma utilidade à sociedade, o deslocamento para fora do Estado não lhes retira a característica interna, nem inviabiliza por si só o atingimento das finalidades públicas nele enredadas.” p. 72.

Logo, se a prestação do serviço público envolver algum tipo de manifestação de poder de coerção sobre os seus usuários ou terceiros, o exercício dessa competência não poderá ser delegado a particulares. Por outro lado, se as atividades de polícia administrativa não implicarem a exteriorização de poder de coerção e de poder político de decisão, serão passíveis de delegação. Competência de cunho coercitivo, estejam elas compreendidas em atividade denominada serviço público ou de polícia, não são passíveis de delegação a particulares (...)

Portanto, a diferença entre atividades de polícia e serviço público não pode se restringir à nomenclatura atribuída à atividade, para se decidir pela sua delegabilidade ou não. Faz-se necessário identificar precisamente cada uma das atividades que será exercida por entidades privadas, para se avaliar a presença ou não de prerrogativas de soberania.

A despeito da função de polícia ser um poder implícito, decorrente do próprio regime jurídico de Direito Público, o ordenamento jurídico brasileiro positiva-o no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), ao considerar o poder de polícia como a

Atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina de produção ou do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, ou à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Este dispositivo reitera o sentido material do poder de polícia: restrições ao exercício dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade daqueles submetidos à soberania nacional. Entretanto, conforme anota Thiago Marrara,<sup>1035</sup> esta definição, por si só, é insuficiente para caracterizar este poder, vez que tal característica também está presente no poder disciplinar. O autor completa afirmando que

A polícia não é qualquer poder restritivo, mas sim o poder extroverso, que se estende de dentro da entidade em direção à sociedade, enquanto o poder disciplinar, igualmente restritivo, mantém-se nos limites de cada entidade administrativa e serve a fins de organização interna e de promoção do bom funcionamento institucional.

Acrescentamos que o poder de polícia do Estado tem por fundamento a supremacia geral do Estado, enquanto o poder disciplinar decorre da supremacia especial da

---

<sup>1035</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Administração,<sup>1036</sup> ou seja, da relação especial de sujeição, cuja finalidade é dar eficácia e efetividade à organização e tarefas administrativas, em seu âmbito interno, com objetivo de obter o bom funcionamento administrativo.

Thiago Marrara acrescenta, ao sentido material, o sentido normativo, que designa o conjunto de normas restritivas e também marcadas pelo poder extroverso, bem como o sentido organizacional, que “desponta como indicativo das entidades e órgãos que executam a ação restritiva do exercício da liberdade e da propriedade privada.”<sup>1037</sup> Ou seja, o poder de polícia é a soma do sentido material, sentido normativo e o sentido organizacional.

Colocamos como características fundamentais a delimitar e caracterizar o poder de polícia as seguintes especificidades: (a) a execução do poder de polícia recai sobre o exercício de direitos fundamentais, de modo a restringir ou condicioná-los (atividade jurídica); (b) o fundamento da polícia é o poder geral da administração, cuja validade decorre diretamente da lei (reserva legal e tipicidade)<sup>1038</sup>; (c) sua finalidade é atender ao interesse público e coletivo, tais como higiene, segurança, ordem, costumes, disciplinas de produção ou do mercado etc; (d) necessidade de respeito à Constituição e aos direitos e garantias fundamentais.

Ao contrário do existente no Estado Liberal, o poder de polícia tem por objetivo a prossecução do interesse público, mas com limites específicos, como os próprios direitos e garantias fundamentais. Neste caso, os direitos fundamentais têm dupla função: por um lado, ele serve como diretriz de atuação do poder de polícia, vez que se busca a sua concretização na prossecução do interesse público. A própria Constituição Federal elenca inúmeros direitos fundamentais como objetivo do Estado, dentre os quais, a proteção do meio ambiente, a proteção do consumidor, a promoção da saúde, educação etc. Por outro lado, os direitos fundamentais servem como limites à atuação arbitrária do Estado no exercício do poder de polícia, como o princípio de propriedade, da livre iniciativa e livre concorrência.<sup>1039</sup> Sobre a

<sup>1036</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que não se enquadram no campo do poder de polícia os atos inseridos no âmbito das relações especiais de sujeição” MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 816.

<sup>1037</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1038</sup> Ver VITTA, Heraldo Garcia. **Soberania do Estado e Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 94 e ss.

<sup>1039</sup> De forma contrária, Thiago Marrara “não existe uma incompatibilidade teórica entre interesses públicos e direitos fundamentais pelo simples fato de que proteger e concretizar direitos fundamentais também representa zelar por interesses públicos. Na prática da administração pública, as tensões possíveis ocorrem entre diferentes interesses públicos primários. Não existe, contudo, interesse primário descolado de algum tipo de direito ou interesse dos indivíduos que, em última instância, justificam e sustentam o Estado racional e democrático.” MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

relação entre o poder de polícia, o interesse público, os direitos fundamentais, Thiago Marrara<sup>1040</sup> afirma que

A presença do interesse público é o ponto fundamental a justificar a polícia administrativa como poder restritivo e novamente distingui-lo de poderes semelhantes, como o disciplinar. A polícia consiste em atividade restritiva que limita direitos para garantir direitos! Cronologicamente, passa-se do interesse público primário devidamente identificado, que justifica uma medida restritiva concreta de limitação de direitos para, como resultado indireto, ocasionar a promoção de direitos. A polícia instrumentaliza a restrição de uns no curto prazo em benefício de muitos em uma segunda fase — mais ou menos distante do momento em que a restrição ocorreu. Daí por que a polícia sem interesse público é abuso ou arbítrio. Polícia sem benefício a direitos é restrição desnecessária.

Na busca pela concretização do interesse público, a Administração Pública pode operacionalizar o exercício do poder de polícia de três formas.<sup>1041</sup> Primeiramente, ela pode agir de forma preventiva, cuja atuação é anterior a um possível dano. Aqui ela orienta o comportamento dos particulares de modo a buscar evitar a lesão a direito destes ou de terceiros, tais como as licenças urbanísticas. Há a atividade de fiscalização, em que a Administração busca informações quanto ao cumprimento da legislação administrativa pelos particulares. E, por fim, há as atividades repressivas, condizentes na aplicação de sanções administrativas aos particulares descumpridores da legislação. Assim, em atendimento ao artigo 5º, inc. LIV e LV,<sup>1042</sup> da Constituição Federal, a aplicação de penalidades implica a observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, cabe discutir a possibilidade e os limites da delegação do poder de polícia a particulares. A respeito deste tema, Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia os atos jurídicos dos atos materiais ou de execução. O primeiro expressaria a própria autoridade

<sup>1040</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1041</sup> Thiago Marrara afirma que “As estratégias de polícia devem ser sempre públicas em virtude da necessidade de se legitimá-las democraticamente. Elas são dependentes de uma escolha do povo por meio de seus representantes, expressa em políticas e assentada em normas legais. Reitere-se: a escolha das estratégias demanda alta legitimação e isso exige constante presença estatal, viabilizada pela manifestação do Legislativo. Dúvidas restam sobre os cinco meios apontados e que estão nas mãos do Executivo, a saber: os atos normativos, opinativos, administrativos e materiais, bem como os acordos administrativos de polícia.” MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1042</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

estatal, enquanto o segundo (os atos materiais ou de execução) seriam os atos instrumentais, aqueles preparatórios para os atos jurídicos, precedendo-os. Assim, apenas os atos materiais ou de execução poderiam ser delegados, vez que os atos jurídicos seriam a própria expressão de força do Estado,<sup>1043</sup> ingressando, pois, sobre direitos dos cidadãos.<sup>1044</sup> Ressalta-se que para o autor não há vínculo entre o particular executar do serviço e o cidadão: o vínculo jurídico firma-se entre o próprio Estado e o administrado.

O exercício coercitivo do poder/função de polícia é competência exclusiva da autoridade,<sup>1045</sup> vez a sua incidência direta sobre a esfera jurídica de terceiros, de modo a produzir efeitos sobre estes. Freitas do Amaral<sup>1046</sup> define poderes público de autoridade como

Aqueles que denotam supremacia das pessoas coletivas públicas sobre os particulares, nomeadamente, consistem no direito que essas pessoas têm de definir a sua própria conduta ou a conduta alheia em termos obrigatórios para terceiros, independentemente da vontade destes, o que naturalmente, não acontece com as pessoas colectivas privadas

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.784/99 define autoridade como “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.” (art. 1º, parágrafo 2º, inc. III). Aline Klein<sup>1047</sup> complementa:

A autoridade estatal reporta-se às hipóteses em que, para o exercício da função administrativa, o ordenamento jurídico atribui à Administração uma capacidade superior para formular juízos, em posição de supremacia jurídica em relação aos particulares que se submetes ao exercício desse poder. (..) O poder de autoridade não

<sup>1043</sup> Para o autor, apenas de forma excepcional os atos jurídicos poderiam ser delegados. Seria o caso, por exemplo, dos capitães de navio. Inclusive, o TRF da 1ª Região já reconheceu o poder de polícia aos comandantes, inclusive para barrar o uso de arma de fogo por policial que não esteja em serviço. Ver o Habeas Corpus no 1999.01.00.106790-1/RO: “Penal. Processual penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Comandante de aeronave. Crime de desacato e desobediência. Recusa justificada. Cumprimento de norma legal. Ausência de ilicitude. Ameaça configurada. Trancamento excepcional da ação penal por falta de justa causa. 1. Ao comandante, no âmbito da aeronave que conduz, cabe o exercício do poder de polícia. 2 Justificável a proibição, pelo comandante, de embarque de policiais portando armas (Decreto n. 2.222/1997), mormente não estando eles em diligência policial. 3. Ausência de justa causa. Ordem concedida para a ação penal”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma. HC nº 106790 /RO. Relator: Ítalo Mendes. Julgamento em: 18 abr. 2000. Publicação em: 09 mar. 2001).

<sup>1044</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 296.

<sup>1045</sup> Marçal Justen Filho prefere utilizar a expressão *autoritativo*. De acordo com o autor, “a expressão *autoritativo* é utilizada na ausência de outra mais adequada e para evitar o uso de *autoritário*. Existem poderes que traduzem o exercício da autoridade, ou seja, de uma posição jurídica reforçada e protegida. Esses poderes devem ser exercidos de modo democrático. Portanto, não cabe um uso autoritário. Em suma, *autoritativo* se refere a autoridade, enquanto *autoritário* indica uma conduta não democrática e arbitrária” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 268.

<sup>1046</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. (Vol. I, 5. Reimp). p. 758.

<sup>1047</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 234.

se restringe ao poder de coação. Consiste em poder conferido a um sujeito pelo ordenamento jurídico para praticar atos unilaterais aptos a provocar efeitos imediatos na esfera jurídica de terceiros, atos estes que podem ser normativos, declaratórios com força probatória especial etc.

Por sua vez, Adilson Abreu Dallari<sup>1048</sup> tem posicionamento semelhante ao professor Celso Antônio: não é possível a delegação dos atos jurídicos de polícia aos particulares ou até a pessoas jurídicas de direito privado do Estado, no caso, as empresas estatais. Desta forma, a delegação do poder de polícia apenas poderia recair sobre os atos técnicos instrumentais (atos materiais ou de execução).<sup>1049</sup>

Aline Lícia Klein,<sup>1050</sup> apesar de entender pela possibilidade dessa delegação, assevera haver alguns limites. Para a autora, há alguns limites jurídicos à delegação do poder de polícia aos particulares: o primeiro seria a impossibilidade de delegação do uso da força, vez que o Estado tem o monopólio do uso legítimo da violência.<sup>1051</sup> O segundo limite seria a impossibilidade ampla do poder decisório, de modo que, apesar de a delegação do poder de polícia poder abarcar atos de aplicação e execução de atos normativos e administrativos propriamente ditos, há a impossibilidade de implicar no exercício de amplo poder decisório ao particular. Segundo a autora, o “poder de decisão consiste em manifestação de poder de império, cujo exercício demanda a legitimação democrática do agente.”<sup>1052</sup> Dentre esta limitação, incluem-se as decisões estratégicas e/ou as de cunho político, as quais apenas podem ser tomadas pelos “representantes do povo democraticamente legitimados”, em virtude de corresponder, em última instância, à função política ou atos de governo. Por fim, como último limite, a autora afirma a necessidade de proteção adequada dos direitos e garantias

<sup>1048</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 5, 2006. p. 12.

<sup>1049</sup> Aline Lícia Klein ressalva que “Caso se repete que os atos preparatórios e sucessivos de decisões administrativas consistem única e exclusivamente em atos materiais, no sentido de fato juridicamente irrelevante, acaba-se excluindo uma grande quantidade de atos que, ainda que não retratem uma decisão do Poder Público propriamente dita, não são irrelevantes em termos jurídicos” KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 368.

<sup>1050</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 373 e ss.

<sup>1051</sup> Conforme Aline Lícia Klein, “o exercício legítimo da força é objeto de monopólio estatal, sendo indisponível e apenas podendo ser exercido pelos representantes do povo. Assim, o princípio republicano também seria vulnerado com a delegação do exercício de atividades de polícia administrativa a particulares (...) diretamente vinculado esse argumento, pode também ser aduzido o princípio da isonomia. Ao se delegar o exercício de atividades de polícia a particulares, estar-se-ia admitindo a imposição de tratamento jurídico diferenciado aos cidadãos. Alguns particulares exerceriam de autoridade sobre outros, violando-se o princípio da isonomia” KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 369.

<sup>1052</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 373.

fundamentais, haja vista que a delegação a particulares não pode implicar na violação desses direitos e garantias.

Além destes, Paulo Otero<sup>1053</sup> entende que o exercício de poderes públicos por particulares deve, em regra, apresentar-se como “temporário e acessório ao exercício da atividade principal objeto da delegação.”

Não obstante os limites acima elencados, a autora entende haver requisitos para a delegação do exercício do poder de polícia a particulares.<sup>1054</sup> O primeiro requisito seria a prévia programação dos critérios e procedimentos a serem observados.

Em virtude disto, seria necessário haver uma espécie de programação prévia da atividade objeto da delegação. Isso decorre da necessidade de estabelecer objetividade e a imparcialidade no exercício dos poderes públicos pelo privado, de modo que se faz imprescindível a definição pelo legislador e pela administração pública do modo executório e das atividades delegadas. Posto isso, a autora afirma que

Os critérios a serem observados em exame de verificação do preenchimento ou não dos requisitos para os administrados desempenharem determinada atividade devem ser objeto de prévia definição em ato normativo ou contratual, em termos objetivos.<sup>1055</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1056</sup> defende, inclusive, a possibilidade de exercício privado também de atos jurídico, mas apenas os vinculados. Aline Klein discorda por entender a desnecessidade deste ato ser inteiramente vinculado. Para a autora, é necessária uma disciplina prévia objetiva de todos os aspectos das atribuições a serem desempenhadas pelo particular.<sup>1057</sup>

---

<sup>1053</sup> OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 237-238.

<sup>1054</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 376 e ss.

<sup>1055</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 374. Nesse sentido, a autora assevera que ““Por esse motivo, exclui-se do espectro de atividades passíveis de delegação o exercício de poder normativo originário, por implicar o exercício amplo de poder decisório. Já o poder normativo infralegal, desde que tenha a sua abrangência e objeto previamente delimitados e esteja expressamente previsto em ato normativo e/ou instrumento contratual, pode ter o seu exercício delegado a particulares (...) Portanto, a atribuição da prática de atos que propiciem alguma margem para a avaliação concreta pelo particular depende de previsão em ato normativo ou contratual, que determine os seus critérios e limites”. p. 374.

<sup>1056</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 856-857.

<sup>1057</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 375.

Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>1058</sup> defende que o contrato de concessão abarca essa finalidade de disciplinar as atribuições decorrentes da delegação. Para o autor, em virtude da desnecessidade da lei detalhar o regime jurídico das concessões, com previsões uniformes e genéricas,<sup>1059</sup> esse contrato tem o condão de esmiuçar as regras, diretrizes e limites dessa relação de delegação (contrato regulatório<sup>1060</sup>). Assim, em relação ao objeto concedido, o contrato estabelece “a normatividade própria a disciplinar todos os aspectos da relação jurídica que se estabelece entre concedente, concessionário e terceiros.” Por conseguinte, o conteúdo desses contratos integra o bloco de legalidade (juridicidade) desse objeto.

Observamos que há uma doutrina minoritária que entende pela possibilidade da delegação do uso da força do Estado aos particulares, vez que não estar-se-ia transferindo a estes o uso da força, mas trazendo o particular para dentro da administração pública para exercer a força. Capitaneada por uma americana, Jody Freeman defende ainda a possibilidade de uma ampla delegação das funções públicas a particulares, com base na liberdade de conformação legislativa.<sup>1061</sup>

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez,<sup>1062</sup> que adotam a doutrina estatutária do Direito Administrativo, defendem que particulares podem exercer o direito de polícia sobre os cidadãos, desde que haja a devida delegação, de modo que a “virtude e eficácia são as mesmas que se tivessem sido impostos pela Administração que delega. São, pois, verdadeiros atos administrativos, na medida em que o concessionário atua no *lugar* da Administração Pública como delegado desta.”

Carlos Ari Sundfeld,<sup>1063</sup> por sua vez, defende a possibilidade de empresas estatais poderem exercer o poder de polícia, desde que não vinculados à defesa da ordem pública e com

<sup>1058</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do direito administrativo**. 2013. Tese. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 628 (concurso para provimento de cargo de Professor Titular).

<sup>1059</sup> Para o autor, é inviável a disciplina da concessão exclusivamente ou predominantemente por comandos legais, vez que a regulação envolve inúmeros interesses, apenas visualizados no caso concreto e com a análise de cada objeto delegado; sendo, portanto, uma relação dinâmica, incompatível com a regulação legal fática. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do direito administrativo**. 2013. Tese. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 580. (concurso para provimento de cargo de Professor Titular).

<sup>1060</sup> Pedro Gonçalves explana que o contrato regulatório é o “contrato que tem como objeto a regulação administrativa, relevando-se, portanto, como um instrumento ou meio de efetuar toda ou uma parte da regulação pública administrativa que orienta as condutas das empresas reguladas de um determinado mercado” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. Regulação administrativa e contrato. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. 2). p. 1017.

<sup>1061</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 960.

<sup>1062</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor Técnico Carlos de Ari Sundfeld. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 61/62.

<sup>1063</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, fev. 1993. p. 102-103.



autorização legal para tanto. Para o autor, o art. 144, § 5º, da Constituição Federal de 1988<sup>1064</sup> atribui às polícias militares a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Por isso, apenas as atividades de coerção vinculadas à polícia ostensiva e à preservação da ordem pública é que devem ser exercidas exclusivamente pelo aparato policial; o que implica afirmar, por outro lado, a inexistência de vedação constitucional para que outros órgãos e/ou entidades exerçam a força quando necessário à defesa de outros valores, tais como saúde, meio ambiente, trânsito, dentre outros.

Entendemos pela impossibilidade jurídico/filosófica da transferência a particulares do uso da força, entendendo que o poder de polícia é indelegável quanto aos seus atos jurídicos. Esta vedação não ocorreria para os atos instrumentais, materiais ou de execução, vez que estas são apenas atos preparatórios e/ou materiais àquele que ingressará na esfera de direito dos administrados.<sup>1065</sup> A despeito de inexistir vedação geral à delegação a particulares de atividades compreendidas na função de polícia administrativa na legislação federal, Thiago Marrara<sup>1066</sup> questiona a possibilidade de transferência em bloco, de forma genérica, do poder de polícias aos particulares: “a *experiência brasileira revela transferência de atos específicos, sobretudo os de natureza fiscalizatória, técnica e material.*” Ressalta-se que Caio Tácito<sup>1067</sup> defende que o poder de polícia, para ser transferido aos particulares, depende de autorização legislativa. Conforme o autor, o poder de polícia “*poderá, ainda, ser delegada ou transferida. Dependerá sempre, no entanto, de determinação legal específica ou genérica, não podendo ser presumida ou deduzida por analogia ou extensão*”.

<sup>1064</sup> “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”

<sup>1065</sup> Nesse mesmo sentido é o entendimento de Thiago Marrara. Para o autor, “Na qualidade de ações de suporte, não são elas aptas a diretamente viabilizar, modificar ou obstar o exercício de direitos. Delas não resultam efeitos jurídicos diretos. É o que se vislumbra em relação aos atos materiais, que não se confundem com os atos administrativos que o impõem. O mesmo vale para os atos opinativos que, por si só, não produzem efeitos contra o cidadão, já que dependem de ato administrativo ulterior. Destarte, atos materiais (como a execução da fiscalização) configuram meios, assim como os atos opinativos. Os atos liberatórios, os atos sancionatórios, as medidas cautelares e os atos normativos, bem como certas decisões de fiscalização configuram atividades fins. A partir dessa separação, ao se falar de delegação do poder de polícia, há que se diferenciar: a) a delegação de atividades fins, isto é, de atividades que diretamente afetam direitos e b) a delegação de atividades meio, que apenas indiretamente afetam direitos. Para fins de delegação, uma diferenciação quanto ao tipo de estratégia policial (preventiva, repressiva ou fiscalizatória) parece se colocar em segundo plano. Isso porque em todas elas existem atividades fins e atividades meios”. MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1066</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1067</sup> TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, v. 27, 1952. p. 11.

Nesse mesmo sentido, Aline Lícia Klein<sup>1068</sup> defende a necessidade de autorização legal para a delegação do exercício do poder de polícia. Para a autora, a decisão administrativa por delegar tais atividades dependem da intervenção do legislador, vez que tais poderes são atribuídos à Administração como competência, submetendo-se ao princípio da irrenunciabilidade. Por isso, apenas a lei poderia autorizar a atribuição de tais funções, competências e prerrogativas a entidades privadas. A autora continua com a afirmação de que, em relação aos serviços públicos, a constituição federal teria dado uma delegação genérica, conforme o disposto no art. 175 da Constituição Federal do Brasil de 1988.<sup>1069</sup> Por outro lado, não há na constituição nenhuma delegação genérica ou específica em relação ao poder de polícia, a qual dependeria de lei autorizadora, seja genérica ou específica.

*Data máxima vênia* aos autores acima citados, entendemos não necessitar de permissão genérica ou específica de lei autorizadora para a delegação do poder de polícia. Essa é uma decorrência do próprio dever de organização da administração pública, com vistas à prossecução do interesse público, em atendimento ao princípio da eficiência, observados os limites existentes. A despeito disto, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cuja natureza jurídica é de lei ordinária, em seu art. 10 traz essa previsão, com a permissão para essa descentralização administrativa. Nada impede, de outra mão, que o parlamento discipline a matéria, com vedação à delegação do poder de polícia a particulares. Até essa vedação, cuja esfera federal disciplinou através de Decreto nº 9.507/2018, as administrações públicas têm o condão de melhor organizar-se com vistas à concretização aos direitos fundamentais.

Não obstante a doutrina caminhar no sentido de permissibilidade da delegação dos atos materiais e vedação dos atos jurídicos, os tribunais superiores seguiram por caminho diversos. Um dos principais julgados sobre o assunto foi no *leading case* do BHTRANS, empresa estatal, pessoa jurídica de direito privado, do Estado de Minas Gerais. Após o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgar pela possibilidade de delegação de atos fiscalizatórios e sancionatórios, previstos pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), do Estado à administração indireta, cujo regime jurídico é de direito privado, o Ministério Público Estadual apresentou Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça. Segue a Ementa do acórdão do TJMG,

---

<sup>1068</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 381 e ss.

<sup>1069</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — BHTRANS — PODER DE POLÍCIA — FISCALIZAR O TRÂNSITO E IMPOR SANÇÕES — COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR — VALIDADE — MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL QUE PODE SER REGULAMENTADA PELA MUNICIPALIDADE. A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), criada com o objetivo de gerenciar o trânsito local, tem competência para aplicar multa aos infratores de trânsito, nos termos do art. 24, do Código Nacional de Trânsito. Sendo o poder de polícia inerente à Administração Pública e recebendo o agente de trânsito delegação da autoridade competente para agir dentro dos limites da jurisdição do Município, extrai-se que este possui o poder-dever de aplicar as multas cabíveis ao ato infracional em concreto, sob pena de sua atuação, ao final, revelar-se inócua.

No STJ, houve alteração, em parte, do julgado pelo TJMG. O Min. Mauro C. Marques salientou que

As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o (i) CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); (ii) a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). (...) Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.<sup>1070</sup>

De acordo com o entendimento do Ministro, apenas os atos relativos ao consentimento e à fiscalização podem estar sujeitos à delegação, vez que os atos referentes à legislação e à sanção decorrem diretamente do poder coercitivo do Estado. Sua Excelência Mauro Campbell Marques afirma, em relação aos atos sancionatórios, que “o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro — aplicação de multas para aumentar a arrecadação”. Após interposição de embargos de declaração, o STJ buscou registrar que “tanto no voto condutor, como no voto-vista do Min. Herman Benjamin ficou claro que as atividades de consentimento e *fiscalização* podem ser delegadas, pois compatíveis com a personalidade privada das sociedades de economia mista”.

Com a decisão do STJ, o BHTRANS recorreu, por meio do Recurso Extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal (STF). A suprema corte reconheceu a repercussão geral (ARE nº 662.186), mas ainda não se pronunciou em definitivo sobre a matéria. Por outro lado, Thiago

<sup>1070</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 817534. Relator: Min. Mauro Campbell. Julgamento em: 10 nov. 2009. Publicação em: 10 dez. 2009.

Marrara<sup>1071</sup> observa que o STF já se pronunciou sobre o assunto em outras oportunidades, tal como no julgamento da ADin nº 1.717,<sup>1072</sup> em que a Corte considerou ilícita a delegação a particulares de atividades privativas do Estado, em específico o poder de tributar e o poder de polícia, negando que o poder fiscalizatório relativo ao exercício das profissões fosse executado por particulares. Na ementa, a interpretação conjugada de dispositivos constitucionais (arts. 5º, XIII,<sup>1073</sup> art. 22, XVI e 21, XXIV,<sup>1074</sup> 70,<sup>1075</sup> parágrafo único, 149<sup>1076</sup> e 175<sup>1077</sup>) “leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia (...).”

Marrara<sup>1078</sup> cita ainda o julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.310, em que o Supremo teria analisado a lei que dispõe sobre os agentes públicos das agências reguladoras. E, na oportunidade, se manifestou contrário à contratação de servidores em regime celetista, em virtude do exercício do poder de polícia inerente àqueles trabalhadores. Conforme o Ministro Marco Aurélio,

---

<sup>1071</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1072</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1.717. Relator: Min. Sydney Sanches. Publicação em: 28 mar. 2003.

<sup>1073</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>1073</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...)”

<sup>1074</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

(...).

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

(...)”

<sup>1075</sup> “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

<sup>1076</sup> “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

<sup>1077</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

<sup>1078</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para as espécies. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia faz-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público (...). Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras — fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc.<sup>1079</sup>

Não obstante a espera da resolução do *case* da BHTRANS pelo STF, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi muito criticado pela doutrina. Thiago Marrara<sup>1080</sup> discorda da divisão funcional das quatro atividades, vem que a importância estaria na diferenciação entre as atividades materiais acessórias, presentes em cada uma dessas fases, e as atividades jurídicas.<sup>1081</sup> O autor complementa da seguinte forma:

As estratégias de polícia sob a ótica funcional não dizem nada quanto ao seu conteúdo e efeito jurídico. Por essa razão, mesmo quando se pensa no exercício de atividade fiscalizatória, naturalmente existem aí atos jurídicos e atos meramente materiais. Decidir o que, como e quando fiscalizar é estratégia que compete ao Estado e não ao particular, o qual pode, contudo, instalar radares, regulá-los e programá-los de acordo com os mandamentos do Estado e baseado em ato de delegação. Da mesma forma, a atividade de sancionamento é complexa e igualmente envolve atos preparatórios e atos jurídicos. Exemplo de ato preparatório do sancionamento são os pareceres jurídicos e laudos técnicos (atos opinativos) de órgãos públicos especializados, os quais podem ou não ser aceitos pela autoridade competente para deliberar sobre a sanção. Daí se entende que a falha da decisão do STJ consiste em confundir as estratégias de polícia com os diferentes tipos de ato de polícia. Não é a estratégia que determina os efeitos, mas sim o tipo de ato ou meio.

Agregue-se a isso outro argumento crítico pouco examinado no debate da matéria. Certas ações materiais mostram-se extremamente determinantes da ação jurídica de polícia. É o caso dos atos opinativos prévios, ou seja, pareceres e laudos juntados ao

<sup>1079</sup> José Vicente Santos de Mendonça critica essa linha argumentativa. Ele alega que “empregados públicos não estão essencialmente mais (ou menos) protegidos do que servidores, em especial diante de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que vedam a demissão imotivada. O que há é, de um lado, uma superavaliação das garantias do regime estatutário, e, de outro, uma subavaliação das garantias do regime do emprego privado tal como aplicado pela administração pública do século XXI. De resto, a se admitir tal instabilidade do regime de emprego privado, haver-se-ia logicamente que reputá-lo inconstitucional quando aplicado a praticamente todas as atividades significativas da Administração Pública (...)” MENDONÇA, José Vicente Santos. Estatais com poder de polícia: por que não? **Revista de Direito Administrativo**, v. 252, 2009. p. 110. Mais à frente, o autor afirma “que (...) não existe, pelo menos em termos estritamente dogmáticos de direito público, uma ‘natureza das coisas’ estreme de dúvidas. Fundar uma inconstitucionalidade — é essa a qualificação técnica do argumento — na extensão essencialística das atribuições do Estado é torcer para que o interlocutor concorde com você. Dependendo da atividade, da época e do interlocutor, a taxa de concordância vai ser maior ou menor” p. 111.

<sup>1080</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1081</sup> No mesmo sentido: RAMOS, Dora Maria de Oliveira. A terceirização em matéria de poder de polícia: o caso das vistorias veiculares. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 571.

processo sancionador baseado no poder de polícia. Tamanha é a importância desses atos que sua prática justifica, em inúmeras situações, a criação de determinados órgãos públicos e, quando isso ocorre, entende-se que surge competência exclusiva, impossível de ser delegada sequer dentro do próprio Estado por expresse mandamento da Lei de Processo Administrativo Federal. Ainda que o ato seja meramente material, seu impacto jurídico é tão relevante que se pode considerá-lo indelegável quando constituir competência exclusiva de algum órgão público preexistente. Disso se conclui que o fato de se tratar de ato material não impede, em todas as situações, que se fale de indelegabilidade.

Quanto à importância dos atos materiais para o exercício do ato jurídico de polícia, o doutrinador português Pedro António Pimenta da Costa<sup>1082</sup> realiza defesa em sentido parecido. Conforme este professor, essa possibilidade deve ser analisada com cautela, em virtude da possibilidade dos exames e pareceres preparatórios às decisões – atos jurídicos incidentes sobre a esfera de direito dos cidadãos – terem o condão de influenciar estes atos administrativos, de modo a colocar em risco a democracia.<sup>1083</sup>

Em outro trabalho, Thiago Marrara<sup>1084</sup> defende que a competência técnica é geralmente exclusiva. Conforme o professor, “a previsão da competência para formulação de laudos ou pareceres, por exemplo, por um órgão técnico da entidade pública é geralmente competência exclusiva. Nesse caso, o domínio técnico gera a exclusividade.” Ou seja, a exclusividade neste caso não decorreria diretamente da lei ou do sistema normativo, mas do domínio técnico previsto pela regra de competência.

Aline Lícia Klein, por sua vez, faz a ressalva quanto à importância dos atos preparatórios para o ato principal.<sup>1085</sup> No caso, a depender da prática do ato principal, o conteúdo deste já foi predeterminado pelos atos instrumentais e/ou preparatório, de modo que o ato principal não possui outro caminho senão seguir o caminho previamente apresentado pelos demais atos. Ou seja, ele acaba sendo um ato vinculado aos atos preparatórios praticados pelas entidades privadas: “em termos práticos, o núcleo da atividade de polícia acaba sendo

<sup>1082</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364 e ss.

<sup>1083</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364. Ele ainda complementa: “o facto de se tratar de uma intervenção na fase de preparação de uma decisão, não na tomada da decisão, não diminui as exigências de controlo democrático. Para prevenir os perigos e os riscos associados às formas de privatização funcional a que nos estamos a referir, a doutrina propõe a substituição da delegação de facto por uma delegação de direito, ou seja, uma delegação autorizada por lei.”

<sup>1084</sup> MARRARA, Thiago. Competência, Delegação e Avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 28, out./dez. 2011. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2019. p. 8.

<sup>1085</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 368.

identificado nos atos praticados por entidades privadas e não no ato principal do Poder Público”<sup>1086</sup>

A Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 veda alguns objetos de delegação. Conforme o art. 13 deste diploma normativo, não podem ser objeto de delegação: a edição de atos de caráter normativo (inc. I); a decisão de recursos administrativos (inc. II) e as matérias de competência exclusiva de órgão ou autoridade (inc. III). Observe que a lei prevê um rol enxuto. Apesar disso, ela veda as matérias de competência exclusiva de órgão ou autoridade. Desta forma, a discussão recai mais sobre a exclusividade do órgão ou autoridade do que o objeto dos pareceres ou laudos. E isto vai ser uma escolha democrática realizada pelo legislador! Como já dito acima, se a competência for determinada por lei a agentes públicos ocupantes de cargo, é vedado à sua delegação, não apenas pela (provável) exclusividade da competência, mas ainda pela unicidade do regime jurídico.

Além disso, a própria Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>1087</sup> dispõe, em seu artigo 13, um (extenso) rol sobre o que se considera por serviços técnicos profissionais especializados.<sup>1088</sup> De outro modo, a própria lei prevê a possibilidade de descentralização (terceirização) de diversas tarefas públicas relativas à serviços considerados técnicos, dentre eles, estudos, pareceres e perícias. Se fôssemos defender a exclusividade dos serviços técnicos, por entender que o seu domínio inerente gera exclusividade, seria um contrassenso o legislador possibilitar a contratação de particulares, através de licitação, e, por outro lado, ser considerado um serviço exclusivo e, portanto, não ser possível objeto de delegação. Isso violaria uma das características principais do sistema jurídico positivo: a coerência. Por isso não podemos concordar com o acima citado doutrinador brasileiro.

Apesar desta discussão, o Decreto Federal nº 9.507/2018 vedou a delegação do poder de polícia, qualquer que seja seu objeto e/ou função. De acordo com esta norma, em seu

<sup>1086</sup> KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 368.

<sup>1087</sup> “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”

<sup>1088</sup> “Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.”

art. 3º, “*não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços*”: que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle (inc. I); que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias (inc. II); e, por fim, que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção (inc. III). Mais a frente, o parágrafo 2º veda qualquer tipo de delegação à particulares, ou seja, a terceirização/privatização funcional, o exercício do poder de polícia, ao dispor que “Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.”

Desta forma, apesar de discordamos do teor deste Decreto, por entendê-lo extremamente restritivo à liberdade do gestor, colocando em risco a própria eficiência da Administração Pública, ele decorre do legítimo exercício do poder normativo da administração pública, devendo, pois, ser respeitado enquanto norma jurídica.

Ressalvamos apenas a sua natureza federal. Isso implica afirmar que a sua vinculação não recai sobre os entes federativos do estado e dos municípios. Dito isto, entendemos que, quanto a estes entes federativos, se faz imprescindível a análise das atividades materiais e jurídicas, para a análise da extensão e limite da delegação do poder de polícia aos particulares, conforme já avençado acima. De forma parecida com o afirmado acima, Thiago Marrara<sup>1089</sup> pondera que

A delegação de ato de polícia, para ser válida, exige uma sequência de considerações. Em primeiro lugar, há que se verificar se a atividade em questão é normativa ou executória, dado que as competências normativas legislativas ou administrativas são indelegáveis a particulares por sua natureza e por mandamento legal, já que dependem de legitimação democrática, a qual não faltará quando realizadas por particulares. Em segundo lugar, é preciso verificar se a tarefa executória, a princípio delegável, envolve atos jurídicos concretos ou atos materiais, pois os primeiros consistem no exercício de autoridade que afeta a liberdade dos particulares, de modo que não devem ser delegados sob pena de quebra da indisponibilidade do interesse público e da isonomia dos membros do corpo social. Em terceiro lugar, mesmo em relação a atos executórios, é importante verificar se existe, no Estado, órgão com competência exclusiva para praticá-lo, o que ocorre, muito frequentemente, com atos de cunho opinativo (como laudos e pareceres), os quais influenciam significativamente a decisão jurídica final. Nesse caso, ainda que o ato seja acessório ou material, a competência estatal para realizá-lo não poderá ser modificada pela autoridade pública, impedindo-se que qualquer tipo de delegação a particulares, por ato ou contrato, seja levado a cabo.

<sup>1089</sup> MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/)>. Acesso em: 10 jan. 2019.



Por fim, discordamos da afirmação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sua Excelência Senhor Mauro Campbell Marques, de que “o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro — aplicação de multas para aumentar a arrecadação”. Em resumo do que será abordado mais a frente, o lucro não é antagônico ao interesse público. Muito pelo contrário! Ele deve ser o incentivo pelo qual o Estado, enquanto fiscalizador e ordenador, utilizará para fazer com que as empresas busquem o cumprimento do interesse público de forma mais eficiente. O ordenamento jurídico prevê diversas sanções aos particulares pelo descumprimento de regras contratuais com o poder público, tanto na esfera civil, penal e/ou administrativa. Esta normativa traz um importante regime jurídico a ser utilizado pelo ente público para o bom cumprimento do contrato, a boa gestão administrativa e, por conseguinte, a eficiência na prossecução do interesse público.

### **6.3.3 A privatização de fato: a prestação deficitária de serviços de segurança pública e a segurança privada**

A segurança pública é atividade exclusiva do Estado. Contudo, defendemos no item anterior a possibilidade excepcional da contratação de empresas privadas de segurança para a atuação subsidiária e complementar ao ente político. Desta feita, é necessário entendermos essa defesa, a qual primeiramente devemos partir da diferenciação da segurança pública e segurança privada.

Inicialmente, cabe salientar que a segurança privada no Brasil no meio urbano surge na época da ditadura militar. Os militares, ao não conseguirem combater os ataques a banco realizados pela esquerda armada, abriram a possibilidade da segurança daquele ser realizado por empresas privadas.<sup>1090</sup> Com a democracia, o crescimento da criminalidade e desorganização

---

<sup>1090</sup> PERALVA, Angelina. **Violência e democracia: o paradoxo brasileiro**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 91-92. Em Portugal, o primeiro regime jurídico a regular as atividades de segurança privada foi o Decreto-Lei nº 282, de 5 de setembro de 1986. Esta norma foi revogada pelo Decreto-Lei nº 276, de 10 de agosto de 1993, o qual aprovou um novo regime para o exercício da atividade de segurança privada. Apesar disto, era comum o exercício de atividades de segurança privada por entidades da sociedade. João José Rodrigues Afonso afirma que a primeira empresa de vigilância que se tem notícia na história é foi a “Custódia – Organização de Vigilância e Prevenção Lda. (Diário da República nº 147 — III Série — de 24 de junho de 1965), fundada por suecos que, na época, era acionistas da Securitas BV da Suécia. Atualmente, esta companhia possui o nome de Securitas — Serviços e Tecnologia de Segurança, S.A. AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 211. Já na Inglaterra, Malcolm K. Sparrow afirma que a era de Thatcher (1979-1990) foi fundamental para o crescimento do mercado da segurança privada, vez que ela advogava que o mercado privado implicava em um nível mais alto de apreciação das capacidades e um maior grau de confiança na capacidade gerado pelo mercado competitivo. SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing**. In: *New Perspectives in Policing*. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice. p. 4.

das instituições responsáveis pela segurança pública fomentaram a necessidade de ampliação desse mercado. A ineficiência das instituições responsáveis pela ordem pública permitiu a ampliação da criminalidade e contribuiu de forma decisiva para a privatização da segurança pública, a qual pode assumir algumas formas, dentre elas as forças profissionais privadas – com atuação dentro da legalidade – e os fenômenos da justiça ilegal.<sup>1091</sup>

A segurança privada tem como finalidade primária a proteção de cidadãos, tanto em relação à sua defesa pessoal quanto aos seus bens.<sup>1092</sup> Isso porque não há como exigir do Estado, a absoluta inocorrência de crimes.<sup>1093</sup> Em uma sociedade, sempre vão existir crimes e, no exercício do seu direito de defesa, o particular tem o condão de realizar a sua autoproteção ou contratar empresas privadas para realizar tal tarefa, desde que observado os trâmites, limites e diretrizes legais.<sup>1094</sup>

<sup>1091</sup> PERALVA, Angelina. **Violência e democracia**: o paradoxo brasileiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 91. Lincoln D'Aquino Filocre, por outro lado, entende que não se pode afirmar que “ela emergja necessariamente da incapacidade policial de lidar com a questão segurança, mas sim da realidade de que, como dito, não cabe ao Estado abolir a criminalidade, sendo dado ao particular o direito de se defender e de defender o seu patrimônio, sem, entretanto, avançar sobre seara da segurança pública.” FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 139.

<sup>1092</sup> A Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, de 10 de dezembro de 2012, que dispõe sobre as normas relacionadas às atividades de Segurança Privada, prevê, em seu art. 1º, § 3º, que “são consideradas atividades de segurança privada: I - vigilância patrimonial: atividade exercida em eventos sociais e dentro de estabelecimentos, urbanos ou rurais, públicos ou privados, com a finalidade de garantir a incolumidade física das pessoas e a integridade do patrimônio; II - transporte de valores: atividade de transporte de numerário, bens ou valores, mediante a utilização de veículos, comuns ou especiais; III - escolta armada: atividade que visa garantir o transporte de qualquer tipo de carga ou de valor, incluindo o retorno da equipe com o respectivo armamento e demais equipamentos, com os pernoites estritamente necessários; IV - segurança pessoal: atividade de vigilância exercida com a finalidade de garantir a incolumidade física de pessoas, incluindo o retorno do vigilante com o respectivo armamento e demais equipamentos, com os pernoites estritamente necessários; e V - curso de formação: atividade de formação, extensão e reciclagem de vigilantes.”

Em Portugal, o exercício da segurança privada é regulado pelo Decreto-Lei nº 231, de 22 de julho de 1998. O art. 1º, 3, considera o serviço de segurança privada: “a) A prestação de serviços por entidades privadas, legalmente constituídas para o efeito, com vista à protecção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes; b) A organização por quaisquer entidades de serviços de autoprotecção com vista à protecção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes.”

Já o art. 2º, 1, “considera os serviços de segurança referidos no artigo anterior compreendem:

a) A exploração e gestão de centrais de recepção e monitorização de alarmes de roubo e intrusão, bem como a gestão, manutenção e exploração de sistemas de segurança;  
b) A vigilância de bens móveis e imóveis;  
c) A vigilância de bens móveis e imóveis e o controlo da entrada, saída e presença de pessoas, bem como a prevenção da entrada de armas, substâncias, engenhos e objectos de uso e porte legalmente proibidos em edifícios e recintos de acesso vedado ou condicionado ao público;  
d) O acompanhamento, defesa e protecção de pessoas, sem prejuízo das competências exclusivas em matéria de segurança pessoal atribuídas às forças de segurança;  
e) O transporte, guarda, tratamento e a distribuição de valores.”

<sup>1093</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 139.

<sup>1094</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 372. “a segurança privada constitui uma actividade de natureza privada, fundamentalmente desenvolvida por empresas privadas de segurança privada publicamente autorizada, no cumprimento de contratos de prestação de serviços

Desta forma, não cabe, *a priori*, à segurança privada realizar o auxílio da segurança pública. Enquanto a segurança privada tem como finalidade a garantia e concretização de interesses privados,<sup>1095</sup> a segurança pública tem o dever de assegurar a ordem pública, manter a estabilidade social, a qual está adstrita, necessariamente, ao interesse público. Lincoln D'Aquino Filocre<sup>1096</sup> afirma que não cabe à segurança privada, no exercício da proteção de interesses privados, adentrar na seara da segurança pública; embora essa colaboração possa ocorrer de forma involuntária, ao atingir o interesse público. Para Filocre, essa colaboração ocorre em virtude da quantidade de empresas no ramo da segurança privada, o que acaba por influir na criminalidade, especificamente na manutenção da ordem pública, e, por conseguinte, na atuação estatal de concessão de autorização de funcionamento e fiscalização,<sup>1097</sup> bem como nas políticas públicas referente à matéria.

Lincoln D'Aquino Filocre<sup>1098</sup> entende ainda que

Ainda que se identifiquem aspectos de coincidência no desempenho de suas funções, *segurança pública e segurança privada distinguem-se, essencialmente, no âmbito do Direito de Segurança Pública, porque somente aquela tem por objetivo a manutenção da ordem pública. (...)*

A *segurança privada*, portanto, a rigor, não complementa a segurança pública na medida em que ela não existe para suprir lacunas estruturais ou funcionais, bem como não suplementa a *segurança pública* vez que não se presta a atuar além de onde o Estado aja. Afasta-se, pois, qualquer tentativa de identificar segurança privada com serviço público, ou atribuir responsabilidade ao Estado pela eventual má atuação de empresa de segurança privada. Ao conceder autorização para o funcionamento ou fiscalizar a atuação, o Estado não atesta que uma empresa de segurança privada não

---

com os interessados em beneficiar dos seus serviços. Trata-se de uma actividade levada a cabo de acordo com o objectivo de lucro, no designado mercado de segurança. Como se vem reconhecendo um pouco por toda a parte, a actividade de segurança privada representa hoje um componente indispensável do sistema de segurança interna.” O art. 2.º da LSegPriv dispõe que os serviços de segurança privada compreendem a “vigilância de bens móveis e imóveis, o controlo de entrada, saída e presença de pessoas, bem como a prevenção de armas, substâncias, engenhos e objetos de uso e porte legalmente proibidos em edifícios e recintos de acesso vedado ou condicionado ao público” (cfr. art. 2.º da LSegPriv).

<sup>1095</sup> Em Portugal, a segurança privada está conceituada pelo artigo 1.º, n. 3.º, “a” e “b”, da Lei nº 34/2013. Vejamos: “Artigo 1.º (...)

3 - Para efeitos da presente lei, considera-se atividade de segurança privada:

- a) A prestação de serviços a terceiros por entidades privadas com vista à proteção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes;
- b) A organização, por quaisquer entidades e em proveito próprio, de serviços de autoproteção, com vista à proteção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes.”

<sup>1096</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 139. Para o autor, “O exercício da segurança privada é atomizado, de forma que, quando uma empresa do ramo presta seus serviços, o seu foco é o cliente. Não há nisso atuação de interesse público. Neste sentido, Cudolá aponta como uma das principais características de segurança privada ‘la existência de un cliente que paga por la prestación de los servicios de seguridad cuyos intereses o siempre coinciden con los de la generalidad de los ciudadanos.’”

<sup>1097</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 139.

<sup>1098</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010. p. 140-141.

atuará de forma a comprometer a segurança pública. Assim, danos eventualmente suportados pelo cliente de uma empresa de segurança privada devem ser reclamados nos termos do contrato firmado e se valendo das regras de Direito Civil, sem ser atribuída responsabilidade ao Estado. (grifos nosso)

*A atividade de segurança privada* é de titularidade exclusiva do setor privado, não podendo ser prestado pelo poder público. Isso não quer dizer que o Estado não possa prestar segurança ao particular. Pode e deve quando envolvido o interesse público. Não se admite, contudo, que a empresa privada preste segurança ao público, mesmo quando em nome de algum interesse privado.

A regra é que o Estado, e somente ele, deve atuar no exercício da segurança privada. Mesmo em locais, atividades ou eventos particulares nos quais haja interesse público de coibir a prática da violência e crime o Estado deve se fazer presente, não sendo dado ao particular optar pela ausência do Estado, ainda que contratados os serviços de empresas especializadas. (...) Enfim, não é a natureza do local, atividade ou evento, se público ou privado, que define a necessidade de segurança pública, mas sim a constatação de que há ou não há interesse público envolvido.

Miguel Nogueira de Brito,<sup>1099</sup> por sua vez, entende que

os privados podem apenas exercer os direitos privados que assistem a todos ou que lhes são confiados pelas pessoas (privadas) que os contratam. Por outras palavras, está aqui em causa o exercício, por agentes de segurança privada, de poderes de uso da força que pertencem a todos, como sucede no contexto da legítima defesa ou da detenção em flagrante delito, mas também o exercício de <<poderes derivados>> por parte desses mesmos agentes de segurança privada, isto é poderes que pertencem às entidades privadas que os contratam, como por exemplo faculdades de <<ação direta>> para defesa da propriedade ou o poder de decidir quem pode entrar e permanecer num local. Excluídos do seu âmbito de actuação estão atividades que se reconduzem a concretas medidas de polícia, como a identificação de pessoas suspeitas ou a realização de buscas. O problema suscitado por este exercício de direitos privados consiste no modo como se põe em causa o carácter subsidiário e excepcional de institutos como o da legítima defesa e da acção directa. Trata-se, na verdade, de uma profissionalização desses institutos, contrária à sua razão de ser. (...). É ainda necessário ter presente que a tarefa das polícias é fundamentalmente distinta, de um ponto de vista jurídico, daquela de que são incumbidas as empresas de segurança privada. Se ambas surgem incumbidas de funções de <<segurança>>, é necessário ter presente que esta não é um bem jurídico em si mesmo, mas apenas uma condição em que podem encontrar-se os bens jurídicos. Ora, os bens jurídicos cuja segurança é posta a cargo das polícias são distintos dos bens jurídicos privados, cuja segurança os privados podem prosseguir.

Assim, a mera proteção privada de bens particulares e pessoas não consiste em um fenômeno da privatização de funções públicas de segurança, vez que, conforme afirma Pedro Gonçalves,<sup>1100</sup> neste caso “está envolvida a execução de uma tarefa que pertence à esfera dos particulares e que não resulta da transferência do Estado.”

<sup>1099</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 302/303.

<sup>1100</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 162.

A distinção primordial entre a segurança privada e a segurança pública seria, portanto, o objetivo, interesse da tarefa/atividade. Enquanto a primeira busca a concretização do direito de defesa, na proteção de interesses privados, a segurança pública tem como finalidade o interesse público, embora possa indiretamente atingir interesses privados.<sup>1101</sup>

Entretanto, como já tivemos a oportunidade de discorrer anteriormente, o interesse público não deve ser entendido unicamente como o interesse coletivo. A mudança da Administração Imperial para uma Administração policêntrica e cidadã, voltada para uma Administração pluralizada e dialógica, é um dos fatores que exigiram a revisão do sistema-função da Administração Pública, com a revisão e atualização de alguns dos seus principais institutos, como uma das suas *pedras de toque*, o interesse público. Este deve ser entendido como finalidade do Estado na busca pela concretização dos seus objetivos constitucionais (art. 3º da CF/88) e efetivação dos direitos fundamentais, seja aqueles de primeira, segunda ou terceira dimensão.

Nesse sentido, o critério isolado de interesse público e interesse privado seria muito vago para a distinção entre segurança cujo objetivo é a manutenção da ordem pública e aquela em que se busca a proteção pessoal. A proteção pessoal, seja física ou da propriedade, configura direito fundamental de primeira dimensão, a qual é dever do Estado a sua concretização, por conseguinte, é de interesse público a sua realização. Inclusive, o próprio art. 144 da Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê a segurança pública como aquela necessária para a preservação da ordem pública e a da “*incolumidade das pessoas e do patrimônio*”. Porém, como a contratação entre o particular e a empresa privada encontra-se na esfera privada, esta relação ocasiona a segurança privada, vez que a finalidade primordial desta é privada. Sob esse aspecto, poder-se-ia dizer que a segurança privada se inclui dentro da segurança pública, todavia esta assertiva não nos parece a mais correta. Acreditamos que a melhor forma de as diferenciar decorra da ideia de finalidade para o qual aquela atividade está sendo prestada e os beneficiários daquela prestação.

Assim, utilizando-se de conceitos da análise econômica do direito,<sup>1102</sup> entendemos que o interesse público da segurança deve ser entendido como aquele que seja prestado a pessoas

---

<sup>1101</sup> De forma semelhante Carlos Maximiliano distingue as prescrições de ordem pública e ordem privada da seguinte forma: “entre as primeiras (ordem pública) o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no dos indivíduos; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito dos indivíduos constitui o objeto primordial” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 216.

<sup>1102</sup> Segundo Richard Posner: “A Análise Econômica do Direito tem aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Em seu aspecto heurístico, busca mostrar coerências subjacentes nas doutrinas e instituições jurídicas. Em seu

indeterminadas, independentemente de relação contratual anterior, bem como que essa prestação ocasione uma externalidade positiva, ou seja, possa gerar consequências para várias pessoas, e não apenas o grupo específico responsável pela contratação.<sup>1103</sup>

Na externalidade positiva, a ação de um indivíduo beneficia pessoas (terceiros) que não participaram diretamente da relação econômica.<sup>1104</sup> O bem público, por sua vez, é a externalidade positiva máxima. É aquele bem que produz o máximo de benefício e o mínimo de malefício a quem produz. No bem público, evita-se o problema da “carona”, em que pessoas, ao saber da existência daquele serviço e/ou bem, não contribuiria espontaneamente para o seu custo, com o objetivo de utilizar dele gratuitamente, como, por exemplo, a iluminação pública e a construção de estradas. Por isso, faz-se imprescindível a presença do Estado na prestação do serviço público.

Nessa toada, a segurança pública é um serviço estatal por excelência. Ela produz uma externalidade positiva a toda sociedade, sendo, pois, um bem público, no conceito econômico ora apresentado. O Estado, na manutenção da ordem pública, deve realizar esse serviço, vez que a sua ausência poderia trazer problemas de carona e, portanto, prejuízo à toda sociedade.

Da mesma forma, é perfeitamente possível que a prestação da segurança por entidades privadas gere uma externalidade positiva, não apenas em sua excepcionalidade, mas como o próprio cerne desse serviço, o que, de certa forma, atingiria o interesse público da segurança. A prestação da segurança por entidade privada não deveras vezes apresenta resultados positivos

---

modo descritivo, busca identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições das causas jurídicas econômicas. E, em seu aspecto normativo, auxilia os juízes e os demais criadores de políticas a partir dos métodos mais eficientes de regulação das condutas através do direito.” POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova Iorque: Aspen, 2011. Leandro Novais, acerca da diversidade de conceitos sobre a Análise Econômica do Direito (AED), conclui que “a compreensão correta da AED é significativamente importante. No mesmo sentido, torna-se indispensável para investigar o seu alcance o reconhecimento das suas limitações. (...) A AED é um instrumento valioso para a definição de políticas públicas. Embora não seja exatamente novidade no direito brasileiro, poucos ainda a conhecem em profundidade.” SILVA, Leandro Novais e. A análise econômica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54857>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

<sup>1103</sup> As externalidades são as consequências acarretadas na vida e bem estar de indivíduos, em razão da atividade desenvolvida por outro indivíduo, que não se relaciona com o primeiro. Mankiw, acerca do conceito de externalidade, expõe que “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bemestar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo.” MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 204.

<sup>1104</sup> Enquanto na externalidade positiva a ação de alguns traz benefícios a outros que não estão diretamente relacionados a “troca” realizada entre aqueles, na externalidade negativa, há a imposição de um custo sobre terceiros, como por exemplo a tributação.

para além dos seus contratantes, tanto de forma preventiva quanto repressiva, seja de forma indireta seja no exercício do “direito de todos”, como a legítima defesa de terceiros. Desta forma, por mais que, inicialmente, possamos separar ambas as esferas da segurança pelo interesse correlacionado e finalidade buscada em sua atuação, há uma zona de intersecção, de confluência, que não podemos deixar de afirmar que existe e que, portanto, faz com que a segurança privada contribuía decisivamente para a concretização do interesse público da segurança pública. O próprio preâmbulo do Decreto-Lei 231, de 22 de julho de 1998, já expressa que

O exercício de actividades de segurança privada, cujo objecto é a protecção de pessoas e bens, bem como a prevenção e dissuasão de acções ilícito-criminais, é realizado mediante laços de complementaridade e colaboração com o sistema de segurança pública. Por ser assim, assume especial relevância a fixação rigorosa das condições de acesso à actividade de segurança privada, no pressuposto de que esta está indissociavelmente ligada à prossecução do interesse público.

A importância da segurança privada aumenta na mesma proporção em que a atividade da segurança pública é deficitária. E o próprio Estado parece aproveitar o mercado da segurança privada:<sup>1105</sup> se, de um lado, a prestação ineficiente da segurança pelo Estado ativa um maior reforço dos cidadãos nas suas responsabilidades quanto à proteção pessoal e patrimonial, o que contribui para o controle social e a prossecução do interesse público da segurança;<sup>1106</sup> de outro, o próprio Estado é usuário desse serviço, na busca por assegurar o seu interesse patrimonial, ou seja, o interesse público secundário.

Na realidade brasileira, infelizmente os índices de criminalidade tem crescido assustadoramente nas últimas décadas. A despeito da necessidade de uma atuação social com vistas à melhoria da segurança a longo prazo, quando observamos a curto prazo, a falha e/ou carência no serviço de segurança pública legitima aos cidadãos a busca por proteção

<sup>1105</sup> Cfr. AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 211; e GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 968.

<sup>1106</sup> Por outro lado, não se pode deixar estar atento às observações realizadas por Malcolm K. Sparrow: “First, that it is no longer possible for public police to ignore the extent and pervasiveness of private policing arrangements. Second, that being in some general sense “for” or “against” private security is not helpful, as such views are inadequately nuanced or sophisticated given the variety of issues at stake. Third, that the interests of private parties will rarely, if ever, be fully aligned with public interests. Fourth, that it is not sufficient for public police agencies simply to deal with the private security arrangements that exist today; making sure those arrangements serve the public interest. making sure those arrangements serve the public interest.” SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing**. In: New Perspectives in Policing. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice. p. 3.

profissional.<sup>1107</sup> Ressalve-se que esta defesa não consiste em defender a inércia e ineficiência estatal, mas apenas buscar a concretização de direitos fundamentais, apesar disto.

Nessa situação, estaríamos diante de uma privatização de fato (ou privatização implícita).<sup>1108</sup> Isso porque a situação descrita no presente item corresponde a tarefas privadas de interesse público, ou seja, são atividades privadas que contribuem para a segurança pública.<sup>1109</sup> João José Rodrigues Afonso<sup>1110</sup> afirma que

Com efeito, apesar de estarmos perante o exercício, por particulares, de tarefas privadas de interesse público, não existe aqui um exercício privado de funções públicas, sem embargo para a existência de uma privatização de facto decorrente das incapacidades estatais para dar resposta a um cada vez mais alargado conceito de segurança.

Em sentido contrário, para Paulo Otero,<sup>1111</sup>

o exercício privado de funções públicas não pode ser identificado com a atividade desenvolvida por entidades não públicas que é objeto de reconhecimento de interesse público ou de utilidade pública (...), [quando estas entidades prossigam] livremente a satisfação de necessidades coletivas, sem que estas assumam uma natureza pública típica. Porém, a importância da atividade desenvolvida, uma vez que interessa a toda a coletividade, constitui fundamento para o reconhecimento de interesse público (...).

Apesar de configurar uma privatização de fato (prestação deficitária de serviços de segurança pública), Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves<sup>1112</sup> entende que há um ambiente de privatização material, vez que há uma retração pública no “contexto de execução

<sup>1107</sup> Em uma mesma direção, João José Rodrigues Afonso vê que, em Portugal, o surto de criminalidade do “pós 25 de abril” “pode estar na origem do crescimento das empresas de segurança privada, perante um sistema policial empobrecido e desautorizado que se manteve, durante muito tempo, conotado com o regime opressivo do Estado Novo.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 211.

<sup>1108</sup> Nesse mesmo sentido, ver: AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 212.

<sup>1109</sup> Cfr. Exposição de Motivos da Lei nº 34, de 16 de maio 2013, que estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada.

<sup>1110</sup> Nesse mesmo sentido, Ver AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 212. Entretanto, o autor entende que, caso haja um dever legal de adotar um sistema de segurança privada em favor de terceiros, e não dos bens e interesses dos contratados, haveria um exercício privado de funções públicas. Assim, a atuação dos particulares não ocorreria mais na atuação do direito privado, mas sim no quadro do direito público.

<sup>1111</sup> OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo**: Enquadramento Dogmático-Constitucional. Lisboa: Lex, 1995. (Vol. I e II). p. 54-55

<sup>1112</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 375



de tarefas de segurança e de natureza policial”, de modo que o próprio Estado utiliza-se dessa técnica para ativar as responsabilidades privadas (imposição de deveres de auto-proteção). Assim, o particular fica na situação de ter de proteger a si e seus bens.

Nessas situações, a atividade da segurança privada é complementar e subsidiária à tarefa pública de segurança. No Brasil, o princípio da complementariedade da segurança privada à segurança público foi disciplinado na Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, de 10 de dezembro de 2012.<sup>1113</sup> Esta portaria disciplina as atividades de segurança privada, armada ou desarmada, que devem ser desenvolvidas por empresas especializadas, que possuem serviço orgânico de segurança e por profissionais que nestas atuam (art. 1º). E, conforme o parágrafo primeiro deste art. 1º, as atividades de segurança privada, que são reguladas, autorizadas e fiscalizadas pelo Departamento da Polícia Federal (DPF), “*serão complementares às atividades de segurança privada*”.<sup>1114</sup> Em Portugal, esse princípio foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 276, de 10 de agosto de 1993,<sup>1115</sup> cujo preâmbulo já alegava

As actividades ligadas à segurança privada têm-se expandido e vêm assumindo, em Portugal, um papel comprovadamente crescente.

Sendo irreversível este desenvolvimento, convirá promover um melhor e mais adequado enquadramento das suas condições de actuação.

O caminho a seguir deve ser, com exigência mais forte e mais clara, o da dignificação e moralização do sector, de modo a aumentar a responsabilidade das empresas prestadoras deste tipo de serviços e do pessoal a eles afecto.

Nas lacunas e nas insuficiências da legislação vigente, evidenciadas pela experiência colhida na sua aplicação, se encontrou a base de novas soluções, que se não afastam, aliás, da orientação de todas as demais disciplinas legais europeias que sobre a mesma realidade se ocupam.

<sup>1113</sup> Esta norma dispõe sobre as normas relacionadas às atividades de Segurança Privada. Ela é elaborada pelo Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 25 do Anexo I da Portaria nº 2.877, de 30 de dezembro de 2011, e o art. 2º da Portaria nº 195, de 13 de fevereiro de 2009, ambas do Ministério da Justiça, e tendo em vista o disposto na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, nº Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983, na Portaria nº 2.494, de 3 de setembro de 2004, do Ministério da Justiça, e na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. E, conforme o art. 210, ela revoga a Portaria nº 387, de 28 de agosto de 2006, da Direção-Geral do DPF.

<sup>1114</sup> Esta norma já estava prevista na Portaria nº 387/06, cujo parágrafo primeiro do art. 1º dispunha que “As atividades de segurança privada serão reguladas, autorizadas e fiscalizadas pelo Departamento de Polícia Federal - DPF e serão complementares às atividades de segurança pública nos termos da legislação específica.” No anexo I da Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, alterado pela Portaria nº 3.258/13-DG/DPF, publicada no D.O.U. em 14/01/2013, que disciplina o sobre o Programa de Curso de Formação de Vigilante, prevê dentre os seus objetivos “dotar o aluno de conhecimentos, técnicas, habilidades e atitudes que o capacitem para o exercício da profissão de vigilante, *em complemento à segurança pública*, incluídas as atividades relativas à vigilância patrimonial, à segurança física de estabelecimentos financeiros e outros, preparo para dar atendimento e segurança às pessoas e manutenção da integridade do patrimônio que guarda, bem como adestramento para o uso de armamento convencional e o emprego de defesa pessoal;” (2, 2.1, “a”), fazendo parte, pois, do conteúdo programático para a formação nesta área. Da mesma forma, há a previsão no Anexo IX, sobre o Curso de Extensão em Segurança para Grandes Eventos – SGE.

<sup>1115</sup> Este Decreto-Lei foi alterado pelo Decreto-Lei nº 138, de 23 de maio de 1994, e posteriormente revogado pelo Decreto-Lei nº 231, de 22 de julho de 1998.

A iniciativa é ela própria coincidente, internamente, com o momento de reestruturação das forças de segurança pública e, do ponto de vista externo, com as alterações recentemente realizadas em grande parte dos países comunitários.

Continuando embora a reconhecer-se a sua subsidiariedade face à actividade das forças e serviços integrados no sistema de segurança pública, não parece legítimo recusar-se a complementaridade necessária que a segurança privada desempenha nas sociedades modernas em relação à consecução do objectivo de melhorar a segurança dos cidadãos.

Posteriormente, o art. 4º, nº 1. do Decreto-Lei nº 276/93, dispõe que a relação da segurança privada com a segurança pública ocorre em carácter subsidiário e complementar, em que aquela atua “relativamente à actividade das forças e serviços integrados no sistema de segurança pública e de protecção civil do Estado.” O Decreto-Lei nº 231/98, por sua vez, previu que “A actividade de segurança privada tem uma função subsidiária e complementar da actividade das forças e dos serviços de segurança pública do Estado.” (art. 1º, nº 2.) Da mesma forma, a Lei nº 34, de 16 de maio de 2013<sup>1116</sup> prevê, em seu art. 1º, nº 2º,

A actividade de segurança privada só pode ser exercida nos termos da presente lei e de regulamentação complementar e tem uma função subsidiária e complementar da actividade das forças e serviços de segurança pública do Estado.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 135, de 8 de setembro de 2014 já traz essa mesma diretriz em seu preâmbulo.

João José Rodrigues<sup>1117</sup> Afonso ensina que, por esse princípio, há uma determinação para o plano operativo de segurança das pessoas e bens ser promovido tanto pelos autores principais (poder público) quanto pelos autores secundários (particulares). Entretanto, a complementariedade não pode significar a usurpação de poderes públicos, de modo às entidades privadas é vedado recair sobre competências exclusivas do Estado.<sup>1118</sup>

Já o princípio da subsidiariedade corresponde à atuação em carácter excepcional da autotutela de direitos, com fulcro na “defesa da integridade física e patrimônios próprios ou de terceiros”<sup>1119</sup>, o qual deve ocorrer de forma limitada, proporcional e razoável, o que estaria

<sup>1116</sup> Estabelece o regime do exercício da actividade de segurança privada e procede à primeira alteração à Lei nº 49/2008, de 27 de agosto (Lei de Organização da Investigação Criminal)

<sup>1117</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 213.

<sup>1118</sup> O Decreto-Lei nº 231/98 dispõe em seu art. 6º que é proibido, no exercício da actividade de segurança privada: a) A prática de actividades que tenham por objecto a prossecução de objectivos ou desempenho de funções correspondentes a competências exclusivas das autoridades judiciais ou policiais;

(...)”

<sup>1119</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 213.

incluído a ideia de necessidade e adequação.<sup>1120</sup> Assim, na incapacidade do ente público em garantir a segurança pública – direito fundamental do cidadão, dever do Estado e responsabilidade de todos - de forma eficaz à toda sociedade, a segurança privada exerce essa tarefa. A prestação desse serviço, conquanto possível e necessária, é limitada e deve ocorrer de forma proporcional e razoável<sup>1121</sup> à sua finalidade.

Em Portugal, o princípio da subsidiariedade das atividades de segurança privada à segurança pública, foi reconhecido, inicialmente, no Decreto-Lei nº 282, de 5 de setembro de 1986. E, posteriormente, no Decreto-Lei nº 276/93, tanto em seu preâmbulo quanto no art. 4º, nº 1; e no Decreto-Lei nº 231/98, em seu preâmbulo e art. 1º, nº 2; na Lei nº 34/13, em seu art. 1º, nº 2, e art. 13º, nº 2.

No Brasil, a legislação específica acerca da segurança privada não faz menção expressa a esse princípio. De toda forma, entendemos este como um princípio implícito do Estado Pós-Social, sendo decorrente desse novo momento da sociedade, cuja participação da sociedade (princípio da participação e princípio democrático) na resolução dos seus problemas torna-se mais pujante, influenciando a organização social, especificamente quanto a relação do indivíduo, sociedade e poder público. É uma decorrência ainda do art. 144 da CF/1988, quando prevê a segurança pública como dever do Estado e responsabilidade de todos.

O Lei nº 34/13 prevê para a segurança privada o dever de colaborar com a segurança pública.<sup>1122</sup> O artigo 35º disciplina o dever de colaboração da seguinte forma:

- 1 - As entidades titulares de alvará ou de licença, bem como o respetivo pessoal, devem prestar às autoridades públicas toda a colaboração que lhes for solicitada.
- 2 - Em caso de intervenção das forças ou serviços de segurança em locais onde também atuem entidades de segurança privada, estas devem colocar os seus meios humanos e materiais à disposição e sob a direção do comando daqueles.

O art. 35.º, 2, do Decreto-Lei nº 231/98 prevê a utilização de trabalhadores privados da segurança no exercício da segurança pública quando houver intervenção das forças de segurança em locais onde aqueles trabalhadores atuam. Neste momento, ainda que trabalhadores privados, este serão considerados agentes públicos, enquanto estiverem no exercício da função (pública), para todos os efeitos, seja civil, penal e/ou administrativo.

<sup>1120</sup> Tal como já explanado anteriormente, o princípio da razoabilidade tem como subprincípios formadores do seu conteúdo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>1121</sup> PEREIRA, Rui; ARAÚJO, António. A Atividade de Segurança Privada e os Seus Limites. In: SEMINÁRIO DE SEGURANÇA PRIVADA, 1., 1999. p. 39.

<sup>1122</sup> No Decreto-Lei nº 231/98, o preâmbulo trazia a seguinte disposição: “*exercício de actividades de segurança privada, cujo objecto é a protecção de pessoas e bens, bem como a prevenção e dissuasão de acções ilícito-criminais, é realizado mediante laços de complementaridade e colaboração com o sistema de segurança pública.*”

Estes são os princípios definidores e conformadores específicos do exercício da segurança privada. E, de acordo com a lição de Malcolm K. Sparrow<sup>1123</sup> *“One could interpret this shift as reflecting a maturing of the ideals of community policing, wherein the police and the public (including private firms) work collaboratively to set the security and crime-control agenda and then to carry it out.”*

Acerca dessa relação entre a polícia pública e a privada, Joh Elizabeth<sup>1124</sup> afirma que a polícia privada não trabalha sob a direção da polícia pública, nem coopera totalmente, mesmo quando a polícia pública gostaria que isso acontecesse. Em vez disso, os gerentes da polícia privada cooperam com a polícia pública quando isso serve seus interesses ou, mais especificamente, os interesses de seus clientes. Assim, a não-cooperação passiva é também um aspecto importante da relação entre os dois grupos.<sup>1125</sup>

Bayley e Shearing entendem haver uma relação mais complexa de acordos de parceria, os quais vão além da terceirização de funções policiais.<sup>1126</sup> Conforme os autores, “A mudança no policiamento não pode ser entendida em termos costumeiros. É frequentemente descaracterizado, por exemplo, como ‘privatização’. Como a distinção entre os domínios público e privado torna-se problemática no novo policiamento, a descrição mais apropriada para o que está ocorrendo é a ‘multilateralização’.”

Bayley e Shearing, ainda, afirmam que, nas últimas décadas, houve um grande crescimento do setor da segurança privada e, por conseguinte, na gama dos serviços oferecidos. No entanto, eles não vêm isso como simplesmente o preenchimento de um vazio deixado pela segurança pública e ocupado pela segurança privada. Bayley e Shearing entendem que o policiamento é realizado por uma rede de polícia pública e segurança privada que muitas vezes se sobrepõe, complementa e se apoia mutuamente. Neste contexto, é cada vez mais difícil distinguir entre responsabilidades públicas e privadas.<sup>1127</sup> Assim, os autores concluem que “It is important for governments to continue to safeguard justice, equity, and quality of service in

---

<sup>1123</sup> SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing.** In: New Perspectives in Policing. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice. p. 9.

<sup>1124</sup> ELIZABETH E., Joh. **“The Forgotten Threat: Private Policing and the State.”** Indiana Journal of Global Legal Studies, 2013. p. 386.

<sup>1125</sup> Ver Sklansky, David A. **“Private Policing and Human Rights.”** Law & Ethics of Human Rights. 2011. Sklansky, David A. **“The Private Police.”** UCLA Law Review. 1999.

<sup>1126</sup> Bayley, David H.; e Clifford D. Shearing. **The New Structure of Policing: Description, Conceptualization, and Research Agenda.** Monograph. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, NCJ 187083, July 2001

<sup>1127</sup> BAYLEY, David H.; e CLIFFORD D., Shearing. **The New Structure of Policing: Description, Conceptualization, and Research Agenda.** Monograph. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, NCJ 187083, July 2001.

the current restructuring of policing. To safeguard the public interest in policing, governments must develop the capacity to regulate, audit and facilitate the restructuring of policing”.

Por sua vez, Malcolm K. Sparrow<sup>1128</sup> complementa com a seguinte afirmação

*Private security and private policing have become inescapable. It is no longer useful for public police to hang on to their own regrets about these trends, bemoan their loss of market share, or pretend that public/private partnerships cannot be useful. There are too many reasons to embrace the idea that private contributions can and should contribute to public purposes.*<sup>1129</sup>

(...)

*It is also the responsibility of public police to look ahead — to pay attention not just to the parts of traditional police function that they might lose, but also be prepared to explore new areas that public police have mostly left to the private sector. Law enforcement has engaged relatively little with identity fraud, financial fraud, health care fraud, other white collar crime and Internetbased crimes. Security threats, familiar and unfamiliar, will surely demand an expanded repertoire of collaborative arrangements.*<sup>1130</sup>

Ademais, com a prestação deficitária do serviço de segurança pública, o Estado busca ativar – e aumentar – a responsabilidade privada. Com isso, o Estado, aos poucos, não apenas abre espaço para a atuação, cada vez maior, da segurança privada, como também a delega indiretamente determinadas tarefas.<sup>1131</sup> Isso fica plenamente perceptível nos espaços públicos ou privados, de acesso vedado, limitado ou condicionado ao público;<sup>1132</sup> e na atuação da entidade privada de vigilância e controle de entrada, saída e permanência dos cidadãos.

<sup>1128</sup> SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing**. In: New Perspectives in Policing. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice. p. 16.

<sup>1129</sup> O autor observa que “We might also worry, but in a rather different way, about private security agents who are untrained, unqualified, or unprofessional, or those who use unethical practices or excessive force. The affront to civilized society that the behavior of such agents provides may be less subtle and more visible to ordinary citizens. Law enforcement officials often complain about private police as “untrained, unprofessional, unregulated and unaccountable police wannabes that simply get in the way of ‘real police work’”. Within the United States at least, such concerns — subtle or otherwise — have never been sufficient to make any serious dent in the general enthusiasm for commercial private security. The industry grew rapidly beginning in the late 1960s. “Partnership” was established as the basis for interactions between public and private policing beginning in the 1970s.” SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing**. In: New Perspectives in Policing. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice. p. 15.

<sup>1130</sup> Ver BURREN, Van Buuren; e BOER, Den . **A Report on the Ethical Issues Raised by the Increasing Role of Private Security Professionals in Security Analysis and Provision**. 2012.

<sup>1131</sup> Sparrow afirma que os inquéritos e relatórios do governo parecem aceitar o aumento do policiamento privado como inevitável e se concentram mais em como a polícia pública deve explorar e administrar melhor as oportunidades de parceria apresentadas. SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing**. In: New Perspectives in Policing. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice. p. 12.

<sup>1132</sup> Em Portugal, João José Rodrigues Afonso chama a atenção para “o primeiro regulamento (Decreto-Lei nº 282/86, de 5 de setembro) ligava o legítimo exercício da segurança privada a um condicionalismo essencial: a prossecução desta atividade devia restringir-se ao domínio privado restritivo. A vigilância e controlo de acesso, permanência e circulação de pessoas cingia-se a instalações, edifícios e locais fechados ou vedados ao público em geral (v. g., habitações, condomínios privados, escritórios, unidades fabris) (artigo 5.º, alínea b) do Decreto-Lei nº 282/86, de 5 de setembro). Com a publicação do Decreto-Lei nº 276/93, de 10 de agosto, alargou-se o domínio de intervenção da segurança privada, passando a abranger, também, quaisquer locais de acesso condicionado ao público em geral (v. g., transportes públicos privados, estabelecimentos de restauração ou de bebidas, escolas,

Nessa toada, há uma aproximação<sup>1133</sup> entre as esferas públicas e privadas, em que, muitas vezes, há uma zona de intersecção que precisa ser melhor estudada. Com a retração do serviço público, o Estado chama o privado a atuar em esferas que antes lhes eram próprias, como espaços públicos, vedado ou condicionados ao público, bem como espaços privados (semi-públicos), abertos ao público. Exemplos dessa situação são os grandes espetáculos desportivos, escolas públicas, aeroportos, tribunais, praças, dentre outros.<sup>1134</sup>

A Lei Portuguesa nº 34, de 16 de maio de 2013, que estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada, em seu art. 3º, 1, afirma que compreende serviço de segurança privada a vigilância de bens móveis e imóveis e o controle de entrada, presença e saída de pessoas, bem como a prevenção de entrada de armas, substâncias e artigos de uso e porte proibidos ou suscetíveis de provocar atos de violência no interior de *edifícios ou outros locais, público ou privados, de acesso vedado ou condicionado ao público* (“a”), bem como “a *fiscalização de títulos de transporte, sob a supervisão da entidade pública competente ou da entidade titular de uma concessão de transporte público.*” Para João José Rodrigues Afonso,

---

recintos desportivos ou de espetáculos) — domínio privado condicionado (artigo 1.º, nº 2, alínea f) do Decreto-Lei nº 276/93, de 10 de agosto). O artigo 2.º, nº 1, alínea c) do Decreto-Lei nº 231/98, de 22 de julho, manteve o mesmo condicionalismo para a atividade de vigilância de bens móveis e imóveis e o controlo da entrada, saída e presença de pessoas, limitando o seu domínio a edifícios e recintos de acesso vedado ou condicionado ao público. Contudo, alargou a fronteira entre os domínios público e privado da segurança, permitindo aos atores de segurança privada o exercício da atividade de proteção e acompanhamento de pessoas, sem prejuízo das competências específicas das forças de segurança nesta matéria. Previu, ainda, que os espaços de livre acesso de público que, pelo tipo de atividades que desenvolvem, sejam suscetíveis de gerar especiais riscos de segurança, pudessem ser obrigados a adotar sistemas de segurança privada — domínio privado de livre acesso (v. g., superfícies comerciais). (...) Cfr. artigo 2.º, nº 1, alínea d), e artigo 5.º, nº 4 do Decreto-Lei nº 231/98, de 22 de julho, alterado pelo Decreto-Lei nº 94/2002, de 12 de abril. O regime jurídico da atividade de segurança privada que se seguiu, aprovado pelo Decreto-Lei nº 35/2004, de 21 de fevereiro, manteve os mesmos domínios para a atividade vigilância de bens móveis e imóveis e o controlo da entrada, saída e presença de pessoas (cfr. artigo 2.º, nº 1, alínea a), e artigo 6.º, nº 2).” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia.** Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 215.

<sup>1133</sup> João José Afonso Rodrigues afirma que há um alargamento dessas esferas, em que um domínio acaba por recair sobre o outro. AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia.** Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 215. Manuel Monteiro Guedes Valente entende no mesmo sentido de João José Rodrigues Afonso. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Segurança: Um Tópico Jurídico em Reconstrução.** Lisboa: Âncora, 2013. p. 83. De certa forma, a ideia de alargamento das esferas e aproximação se complementam. O alargamento da esfera privada da segurança apenas ocorre em virtude da retração da esfera pública nessa função. Com isso, a segurança privada amplia a sua atividade para suprir essa lacuna deixada pela prestação pública e acaba por se aproximar desta.

<sup>1134</sup> Nesse sentido, AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia.** Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 215.

com a introdução dessa previsão normativa, a fronteira entre a segurança pública e privada passa a estar traçada na divisão “de acesso vedado ou condicionado ao público.”<sup>1135</sup>

Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>1136</sup> afirma que essa reorganização das esferas públicas e privadas na tarefa de segurança não significa que o quadro de competências funcionais e finalísticas da atividade na prevenção criminal tenha ampliado. Em um primeiro momento, a segurança privada atua na prevenção criminal, através de operações de vigilância e controle. Ou seja, atuam de forma preventiva, de perigo ou da lesão ao bem jurídico (o crime). No artigo 1º, item 3, da Lei nº 34/2013 – lei-quadro do regime do exercício da atividade de segurança privada e de organização da investigação criminal – considera atividade de segurança privada a “prestação de serviços a terceiros por entidades privadas com vista à proteção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes” (“a”) e “a organização, por quaisquer entidades e em proveito próprio, de serviços de autoproteção, com vista à proteção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes” (“b”). A competência funcional da polícia ingressa em um *segundo momento temporal da prevenção criminal em sentido lato*: quando a função de prevenção não tenha conseguido evitar o perigo ou a lesão do bem jurídico, recorre-se à função de prevenção criminal em sentido estrito, “correspondente à prevenção reativa à lesão do bem jurídico e à prevenção dos efeitos negativos colaterais da lesão do bem jurídico.”<sup>1137</sup>

Para realizar a análise, entendemos que deve ser feito as seguintes distinções, as quais incidirão regimes jurídicos diversos: (a) espaço privado (ou público) aberto ao público, com entrada condicionada para a realização de um espetáculo privado (grandes eventos esportivos) e serviço de segurança privada com vistas a atender a manutenção da ordem pública em favor de terceiros, cidadãos, sob a incidência do regime privado; (b) espaço privado aberto ao público, com entrada incondicionada e serviço de segurança privada com o objetivo de atender interesses privados, em uma relação jurídica consumerista, sob a incidência do regime privado; e (c) espaço privado na prestação de um serviço público, com o serviço de segurança privada com vistas a atender o interesse de terceiros/cidadãos, na órbita do regime público.

Na primeira hipótese, seria a utilização de um espaço público ou privado, sob a organização de uma entidade privada, para a realização de uma atividade privada, com a

<sup>1135</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 215.

<sup>1136</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Segurança**: Um Tópico Jurídico em Reconstrução. Lisboa: Âncora, 2013. p. 307 e ss.

<sup>1137</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 228 e ss.

contratação de segurança privada, mas com o objetivo de manter a ordem pública de terceiros, usuários do serviço; de modo a incidir o regime jurídico de direito privado.

Um exemplo dessa situação seria os grandes eventos esportivos. O Estatuto do Torcedor, Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, estabelece diversos regramentos para esses espetáculos, inclusive condições para o ingresso e permanência na localidade. Esta lei estabelece normas de proteção e defesa do torcedor (art. 1º), dispondo que a “prevenção da violência nos esportes” é de “responsabilidade conjunta”, entre o poder público, confederações, federações, ligas, clubes, associações ou entidades esportivas, entidades recreativas, associações de torcedores, inclusive de seus respectivos dirigentes, assim como aqueles que “de qualquer forma, promovem, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos.”

De acordo com o artigo 13 dessa Lei, o torcedor “*tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas.*” Para garantir a segurança dos torcedores, o dispositivo prevê em seu artigo 13-A uma série de condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, inclusive o consenso em relação à revista pessoal de prevenção e segurança. Vejamos todas as condicionantes: “não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência” (inc. II), *consentir com a revista pessoal de prevenção e segurança* (inc. III),<sup>1138</sup> não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo (inc. IV), não entoar cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos (inc. V), não arremessar objetos, de qualquer natureza, no interior do recinto esportivo (inc. VI), não portar ou utilizar fogos de artifício ou quaisquer outros engenhos pirotécnicos ou produtores de efeitos análogos (inc. VII), não incitar e não praticar atos de violência no estádio, qualquer que seja a sua natureza (inc. VIII), não invadir e não incitar a invasão, de qualquer forma, da área restrita aos competidores (inc. IX), não utilizar bandeiras, inclusive com mastro de bambu ou similares, para outros fins que não o da manifestação festiva e amigável (inc. X). Posteriormente, no parágrafo único, está previsto que o não cumprimento dessas condições implica na impossibilidade do torcedor permanecer no recinto esportivo, inclusive com o seu afastamento imediato da localidade, se for o caso; sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais. Ocorre que essa fiscalização se dá não apenas pelos agentes públicos, mas também – e principalmente – por agentes da entidade organizadora.

---

<sup>1138</sup> Em Portugal, o artigo 22.º, nº 1, alínea g) da Lei nº 39, de 30 de julho de 2009, republicada pela Lei nº 52, de 25 de julho de 2013, define como condição de acesso ao recinto desportivo, entre outras, “Consentir na revista pessoal de prevenção e segurança (...)”.



Uma das condições de ingresso<sup>1139</sup> e permanência no evento esportivo é consentir com a revista pessoal de prevenção e segurança. E, de certa forma, o ato de revista possui natureza pública, intrínseca à função técnico-policial.<sup>1140</sup> Apesar disso, o ordenamento jurídico brasileiro não traz outras regras acerca do limite desta operação, nem a forma como deve ser realizada. Já em Portugal, a Lei nº 34/2013, em seu art. 19º, dispõe que as revistas pessoais de prevenção e segurança deve ser realizada pelos assistentes de recinto esportivo,<sup>1141</sup> no controle

<sup>1139</sup> João José Rodrigues Afonso ensina que, em virtude do ato de revista não poder legitimar-se em uma “suspeita difusa que recai sobre tudo e todos”, o que ocasionaria violação de interesses jurídicos como a honra, dignidade, reputação etc., o legislador transmutou-a numa condição de acesso que, em consequência, assenta no consentimento pessoal, vez a sua imprescindibilidade em razão de salvaguardar interesses jurídicos legítimos. E complementa: “Com efeito, para suprir a ausência de suspeita concreta (e fundada) da ocultação de objetos proibidos quer por lei quer por regulamento do espaço, o legislador socorreu-se do postulado ‘consentimento na revista’ como condição de acesso ao espaço (público ou privado) condicionado ao público em geral, para assim completar ou solidificar a legitimidade perdida ou em falta. Esta mitigação entre razões de segurança e prestação do consentimento como fatores de legitimação jurídica e sociológica afasta qualquer associação da norma aos ideários do Estado de Polícia ou securitário, o que sucederia caso a revista se fundasse apenas, em termos dogmático-jurídicos, em razões de segurança desligadas de qualquer suspeição subjetiva.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 227. Pedro Antonio Pimenta Costa Gonçalves entende que a revista realizada pelo assistente de recinto desportivo, pelo assistente de portos e aeroportos “apresenta-se, pois, dos pontos de vista *material e funcional*, como um poder público de autoridade” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 793-794. João José Rodrigues Afonso, por outro lado, entende que estas funções não envolvem poderes públicos de autoridade, quando realizadas no acesso ao recinto, vez que inexistente coercibilidade; apesar dessa medida consistir em “exercício privado de funções de segurança pública”. Para o autor, “a revista pessoal de prevenção e segurança configura uma *conditio sine qua non* de acesso ao recinto desportivo. Em termos dogmáticos, a lei não assentou esta revista numa submissão incondicional e categórica do espetador aos atores públicos e privados de segurança, mas antes num consentimento que, na maioria das vezes, é tácito ou pressuposto a partir do momento em que a pessoa se apresenta num espaço de controlo de acesso ao recinto, no anel ou perímetro de segurança. Consentir na revista pessoal de prevenção e segurança é uma das condições de acesso dos espetadores ao recinto desportivo”. Só haverá ato de autoridade quando a revista ocorrer dentro do recinto, vez que, neste momento, ele é coercitivo e só pode ser realizado por agentes públicos. AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 229.

<sup>1140</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 224 e ss. O autor complementa afirmando que “Submeter uma pessoa a uma revista de prevenção e segurança, enquanto condição de acesso a um estabelecimento de restauração ou de bebidas onde se dance, a um recinto de espetáculo desportivo ou de natureza artística ou, ainda, para aceder à área de embarque de um porto ou aeroporto, conforma um procedimento cuja finalidade é acautelar ameaças à segurança (individual e coletiva), eliminando o perigo ou, talvez melhor, o risco subjacente à possibilidade difusa (incalculável) de alguém trazer consigo objetos perigosos ou de uso proibido.” p. 227.

<sup>1141</sup> O assistente de recinto desportivo foi criado pelo Decreto-Lei nº 94, de 12 de abril de 2002, com a necessidade de “enquadrar e dar resposta às necessidades e especificidades decorrentes da organização no nosso país da fase final do Campeonato Europeu de Futebol de 2004 (EUROCOPA).” (ver preâmbulo desta lei). Sobre a importância desse momento, João José Rodrigues Afonso afirma que “A incapacidade do Estado em garantir (por si só) a segurança deste evento conduziu-o a recorrer aos serviços de segurança privada, transferindo o exercício da tarefa das revistas pessoais, antes efetuadas, em exclusivo, pelos agentes das forças de segurança, para a responsabilidade do promotor do espetáculo desportivo. Assim sucede, também, no controlo de acessos a portos e aeroportos e, mais recentemente, nos estabelecimentos de restauração ou de bebidas que disponham de espaços de dança e em recintos autorizados para a realização de determinados espetáculos e divertimentos públicos.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito

de acesso aos recintos desportivos;<sup>1142</sup> pelos assistentes de portos e aeroportos,<sup>1143</sup> no controle de acesso a zonas restritas de segurança de instalações portuárias e aeroportuárias.<sup>1144</sup> E o objetivo dessa tarefa deve ser estritamente o de “impedir a entrada de objetos e substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar atos de violência”, cujo meio utilizado para

---

democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 224. Entretanto, apesar de trazer a obrigação legal de o promotor adotar um sistema de segurança privada para a realização dos eventos desportivos, aqueles profissionais não estavam legalmente habilitados a efetuar revista pessoal de prevenção de segurança. Atualmente, a Lei nº 34/2013, em seu art. 17º, nº 3, “d”, prevê o assistente de recinto desportivo como uma profissão de segurança privado. E o art. 18º, nº 5, desta lei, por sua vez, dispõe que o assistente de recinto desportivo exerce exclusivamente as seguintes funções “a) Vigiar o recinto desportivo e anéis de segurança, cumprindo e fazendo cumprir o regulamento de utilização do recinto; b) Controlar os acessos, incluindo detetar e impedir a introdução de objetos e substâncias proibidas ou suscetíveis de possibilitar atos de violência; c) Controlar os títulos de ingresso e o bom funcionamento dos equipamentos destinados a esse fim; d) Vigiar e acompanhar os espectadores nos diferentes setores do recinto, bem como prestar informações referentes à organização, infraestruturas e saídas de emergência; e) Prevenir, acompanhar e controlar a ocorrência de incidentes, procedendo à sua imediata comunicação às forças de segurança; f) Orientar os espectadores em todas as situações de emergência, especialmente as que impliquem a evacuação do recinto; g) Acompanhar, para colaboração na segurança do jogo, grupos de adeptos que se desloquem a outro recinto desportivo; h) Inspeccionar as instalações, prévia e posteriormente a cada espetáculo desportivo, em conformidade com as normas e regulamentos de segurança; i) Impedir que os espectadores circulem, dentro do recinto, de um setor para outro; j) Evitar que, durante a realização do jogo, os espectadores se desloquem dos seus lugares de modo que, nomeadamente, impeçam ou obstruam as vias de acesso e de emergência.”

<sup>1142</sup> Manuel Monteiro Guedes Valente descreve a revista de pessoal de prevenção e segurança realizada pelos assistentes de recinto desportivo como “uma medida administrativa preventiva de promoção da segurança e tranquilidade pública (revista administrativa de prevenção de perigo) dentro do recinto desportivo e de tutela operativa de bens jurídicos pessoais, tais como a vida e a integridade física das pessoas”, que legitima “a intervenção policial pró-ativa no sentido de evitar que o perigo ou dano se concretize.” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 512. Pedro José Lopes Clemente classifica a revista de prevenção e segurança feita pelo assistente de recinto desportivo como “medida cautelar de polícia administrativa.” CLEMENTE, Pedro José Lopes. O Paradigma da Polícia Privada. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (Coord.). **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 355. João José Rodrigues Afonso discorda de Manuel Monteiro Guedes, por entender que essa medida não tem natureza compulsória, coercitiva, vez que o cidadão, no acesso ao recinto, tem sempre a possibilidade de escolher não se submeter-se à revista, não importando as consequências vindouras. Por conseguinte, não haveria como categorizar como medida cautelar de polícia. Para o autor português, ela poderia configurar em uma medida administrativa preventiva de segurança. Por outro lado, a revista pessoal do espectador, no interior do recinto, é coercitiva, sempre que se mostre necessário a “evitar a existência de objetos ou substâncias proibidas ou suscetíveis de possibilitar atos de violência.” Assim, apenas pode ser realizada pelas forças de segurança e envolvem poderes de autoridade, “na medida em que um agente da força de segurança pode constituir a pessoa em dever de sujeição ao ato de revista (força vinculativa ou de autoridade do ato) e, face à não-aceitação ou resistência do espectador, executá-la imediata e coativamente (autotutela executiva ou privilégio da execução prévia).” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 229.

<sup>1143</sup> Conforme o art. 17º, nº 3, “f”, desta lei, o assistente de portos e aeroportos é uma profissão de segurança privado. O art. 18º, nº 7, desta lei dispõe que o assistente de portos e aeroportos, no quadro de segurança da aviação civil ou da proteção marítima, exerce exclusivamente as seguintes funções: “a) Controlo de acessos de pessoas, veículos, aeronaves e embarcações marítimas; b) Rastreio de passageiros, tripulantes e pessoal de terra; c) Rastreio de objetos transportados e veículos; d) Rastreio de bagagem de cabine e de porão; e) Rastreio de carga, correio e encomendas expresso; f) Rastreio de correio postal; g) Rastreio de correio postal e material das transportadoras aéreas ou marítimas; h) Rastreio de provisões e outros fornecimentos de restauração das transportadoras aéreas ou marítimas; i) Rastreio de produtos e outros fornecimentos de limpeza das transportadoras aéreas ou marítimas.”

<sup>1144</sup> Em relação aos profissionais da segurança privada no controle de acesso a portos e a aeroportos, aplica-se as mesmas regras e entendimentos previstos e descritos para o assistente de recinto desportivo, no que compreende o controle de acesso aos recintos desportivos.

tanto deve ser o uso de raquetes de detecção de metais e de explosivos ou “operar outros equipamentos de revista não intrusivos com a mesma finalidade, previamente autorizados” (nº 1).<sup>1145</sup>

João José Rodrigues Afonso, ao discutir a legitimidade para os assistentes de recinto desportivo impedirem a entrada de cidadãos ao evento, afirma que

nesta situação, os ARD podem impedir o acesso de pessoas ao recinto, mesmo pela força, *quando não seja possível recorrer à autoridade pública* (cfr. artigo 21.º da CRP). Contudo, este ‘poder’ de emprego da força não se confunde com o poder de coação direta do Estado, tratando-se apenas de um exercício de *poderes derivados* no quadro excecional da tutela privada de direitos: o ARD exerce, em nome do promotor do espetáculo, o direito de impedir o acesso a um local privado de acesso condicionado ao público em geral — ação direta. Significa, portanto, que os poderes derivados ‘ficam confiados às empresas de segurança privada pelas entidades que as contratam (ação direta para a defesa do direito de propriedade ou de posse)’.

O Decreto-Lei nº 135, de 8 de setembro de 2014, alarga o âmbito subjetivo previsto no artigo 19.º do REASP, ao dispor que o segurança-porteiro<sup>1146</sup> pode, no controle de acesso ao estabelecimento, efetuar revistas pessoais de prevenção e segurança com o estrito objetivo de impedir a entrada de armas, objetos, engenhos ou substâncias de uso e porte legalmente proibido ou que ponham em causa a segurança de pessoas e bens, devendo, para o efeito, recorrer ao uso de raquetes de detecção de metais e de explosivos ou operar outros equipamentos de revista não intrusivos com a mesma finalidade, aplicando-se o disposto no artigo 19.º da Lei nº 34/2013, de 16 de maio, relativamente a esta matéria (art. 7º, nº 2).<sup>1147</sup>

<sup>1145</sup> O art. 19º, n. 2º, acrescenta que “Por um período delimitado no tempo, e mediante despacho do membro do Governo responsável pela área da administração interna, podem ser autorizadas revistas pessoais de prevenção e segurança em locais de acesso vedado ou condicionado ao público, que justifiquem proteção reforçada, devendo o pessoal de vigilância devidamente qualificado utilizar meios técnicos adequados, designadamente raquetes de detecção de metais e de explosivos ou operar outros equipamentos de revista não intrusivos com a mesma finalidade, previamente autorizados, bem como equipamentos de inspeção não intrusiva de bagagem, com o estrito objetivo de detetar e impedir a entrada de pessoas ou objetos proibidos e substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar atos que ponham em causa a segurança de pessoas e bens.”

<sup>1146</sup> Conforme o art. 17º, nº 3, “b”, da Lei nº 34/2013, o segurança-porteiro é uma profissão de segurança privado. O art. 18, nº 3, desta lei dispõe que o segurança-porteiro exerce exclusivamente as seguintes funções: “a) Vigiar e proteger pessoas e bens em estabelecimentos de restauração e bebidas com espaço de dança ou onde habitualmente se dance, obrigados a adotar sistemas de segurança nos termos de legislação especial; b) Controlar a entrada, a presença e a saída de pessoas dos estabelecimentos previstos na alínea anterior, com recurso aos meios previstos em legislação especial, visando detetar e impedir a introdução de objetos e substâncias proibidas ou suscetíveis de possibilitar atos de violência; c) Prevenir a prática de crimes em relação ao objeto da sua proteção; d) Orientar e prestar apoio aos utentes dos referidos espaços em situações de emergência, nomeadamente as que impliquem a evacuação do estabelecimento ou recinto.”

<sup>1147</sup> Pedro Gonçalves entende que a realização das revistas de prevenção e segurança o pessoal especializado de segurança privada encontra-se no âmbito do direito público. GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 966.

Percebe-se que, a partir da Lei nº 34/2013, houve uma maior preocupação com o *modus operandi* do profissional da segurança. Estes devem utilizar instrumentos de revista não intrusivos, de modo a evitar a apalpação ou tateamento.<sup>1148</sup> Com isso, o legislador preocupa-se em coadunar o direito fundamental à segurança, de um lado, com o direito fundamental à liberdade, privacidade e intimidade, do outro; trazendo um regramento prévia do seu juízo de valor, reduzindo o espaço de discricionariedade na atuação dos agentes de segurança. João José Rodrigues Afonso elogia a disposição legal por atender ao princípio da reserva (relativa) de competência legislativa da Assembleia da República, vez que estamos a tratar de intromissão em direitos fundamentais. Por outro lado, para o autor, o art. 7º, nº 2, do Decreto-Lei nº 135/2014 possui uma inconstitucionalidade orgânica,<sup>1149</sup> em virtude de dispor sobre matéria relativa à direitos, liberdades e garantias fundamentais, sem a autorização da Assembleia da República, violando, pois, o princípio constitucional de reserva de lei.<sup>1150</sup>

Entendemos de forma positiva essa limitação realizada pelo legislador à forma de atuação do particular. No Brasil, a Lei nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014<sup>1151</sup> dispõe sobre o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública (art. 1º). Apesar deste dispositivo legal não prever sobre os instrumentos específicos a serem utilizados, estabelece a obrigatoriedade de priorizar a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo,<sup>1152</sup> “desde que o uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais” (art. 2º). Além disso, veda o uso da arma de fogo: (a) contra pessoa em fuga que esteja

<sup>1148</sup> A lei nº 16, de 11 de maio de 2004, em seu art. 12º, nº 1., previa que “Nos termos da lei, os assistentes de recinto desportivo podem, na área definida para o controlo de acessos, *efectuar revistas pessoais de prevenção e segurança aos espectadores, incluindo o tateamento*, com o objectivo de impedir a introdução no recinto desportivo de objectos ou substâncias proibidos, susceptíveis de possibilitar ou gerar actos de violência.” (grifo nosso).

<sup>1149</sup> O autor afirma que “o Tribunal Constitucional tem reconhecido sempre que a reserva legislativa parlamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias, abrange ‘tudo o que seja matéria legislativa, e não apenas as restrições do direito em causa’. Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional nº 255/2002, publicado no Diário da República, I Série A — Nº 155, de 08-07-2002, e nº 128/2000, publicado no Diário da República, II Série, de 25-10-2000.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 223.

<sup>1150</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 221-223. Com isso, ele conclui que “Conclui-se, perante esta inconstitucionalidade normativa, que os seguranças-porteiros só estão habilitados a efetuar revistas pessoais de prevenção e segurança (não intrusivas), no controlo de acesso a estabelecimento de restauração ou de bebidas que disponha de espaços ou salas de dança, ou onde habitualmente se dance, quando munidos da devida autorização do membro do Governo responsável pela área da administração interna”. p. 223.

<sup>1151</sup> Disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional.

<sup>1152</sup> O art. 4º desta lei considera como instrumentos de menor potencial ofensivo “aqueles projetados especificamente para, com baixa probabilidade de causar mortes ou lesões permanentes, conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas.”

desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros (art. 2º, parágrafo único, inc. I); (b) contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros (art. 2º, parágrafo único, inc. II).<sup>1153</sup>

Embora no Brasil a nossa legislação ainda seja muito incipiente – quase inexistente – sobre a matéria, acreditamos que devemos caminhar no mesmo sentido do ordenamento jurídico português, com vista a coadunar o interesse da segurança e manutenção da ordem pública com a intervenção mínima nos direitos fundamentais.

Continuando, em Portugal, a Lei nº 34/2013<sup>1154</sup> dispõe que, nos espetáculos, tal como os desportivos, e divertimentos públicos e locais de diversão, não dotados de lugares permanente, a realização desses eventos depende do cumprimento da obrigação de disporem de um sistema de segurança, que inclua assistentes de recinto e demais meios de vigilância previsto nesta lei e em leis especiais (art. 9º, nº 2<sup>1155</sup> e 3<sup>1156</sup>).<sup>1157</sup> Da mesma forma, o art. 9º, nº 1,<sup>1158</sup> dessa lei prevê que

Os estabelecimentos de restauração e de bebidas que disponham de salas ou de espaços destinados a dança ou onde habitualmente se dance são obrigados a dispor de um sistema de segurança no espaço físico onde é exercida a atividade, nos termos e condições fixados em legislação própria.

O art. 18º da Lei nº 39, de 30 de julho de 2009 (republicada pela Lei nº 52, de 25 de julho de 2013)<sup>1159</sup> prevê a obrigatoriedade de um sistema de vigilância, com câmeras fixas e móveis, que permita o controle de todo o recinto desportivo e respectivo perímetro ou anel de segurança. E ainda: tal como previsto na legislação brasileira, no art. 14, inc. I, da Lei nº

<sup>1153</sup> O Supremo Tribunal Federal declarou constitucional essa norma. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5243 DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em: 11 abr. 2019.

<sup>1154</sup> Estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada

<sup>1155</sup> Ver também o artigo 2.º da Portaria nº 261, de 14 de agosto de 2013. Ademais, a Portaria nº 273, de 20 de agosto de 2013, especificamente no Capítulo VIII, - alterada pela Portaria nº 106, de 13 de abril de 2015 –, estabelece e define os requisitos técnicos mínimos dos sistemas e medidas de autoproteção impostos a estas entidades.

<sup>1156</sup> Ver também o artigo 1.º da Portaria nº 102, de 15 de maio de 2014.

<sup>1157</sup> Esta lei conceitua como pessoal de segurança privada “as pessoas integradas em grupos profissionais ou profissões que exerçam ou compreendam o exercício das funções de pessoal de vigilância e diretor de segurança previstas na presente lei” (art. 2º, nº i). E como pessoal de vigilância, “o trabalhador, devidamente habilitado e autorizado a exercer as funções previstas na presente lei, vinculado por contrato de trabalho a entidades titulares de alvará ou licença” (art. 2º, nº j).

<sup>1158</sup> Ver também o artigo 8.º do Decreto-Lei nº 135, de 8 de setembro de 2014.

<sup>1159</sup> Estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espetáculos desportivos, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança

10.671/03,<sup>1160</sup> há a obrigatoriedade do organizador do evento requisitar o policiamento (segurança pública), conforme previsão do Decreto-Lei nº 216, de 9 de outubro de 2012.<sup>1161</sup>

Isto configura uma espécie de privatização funcional imposta.<sup>1162</sup> No caso, há uma determinação legal de deveres jurídicos de proteção que devem ser exercidos pelo particular, o que possibilita (ou permite) uma diminuição da presença do poder público dessa esfera, seja por redução de gastos ou reconhecimento da ineficiência do ente público. Assim, por um lado, na relação entre os organizadores e seus trabalhadores, há uma relação contratual de direito privado. Em relação aos promotores do evento e os consumidores do espetáculo, também há uma relação de direito privado, ainda que no exercício de tarefas que inicialmente deveriam ser públicas, tal como o controle de atendimento dos requisitos estabelecidos por lei para o legítimo ingresso no espetáculo.

De todo modo, a finalidade da ativação das responsabilidades privadas é contribuir para a prevenção da prática de crimes e a criação de um ambiente seguro, o que contribui para a segurança e ordem pública nestes locais.<sup>1163</sup> Embora inicialmente, a atuação da entidade privada deva ocorrer na área da prevenção, através de operações de vigilância e controle, entendemos que em situações excepcionais legitima-se o seu exercício na prevenção criminal em sentido estrito, ou seja, na atuação reativa para evitar ou reduzir danos à bem jurídico de terceiros. Neste caso, a atuação da entidade privada de segurança deve ocorrer de forma subsidiária à atuação policial (segurança pública).

---

<sup>1160</sup> Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor

<sup>1161</sup> Estabelece o regime de policiamento de espetáculos desportivos realizados em recintos desportivos

<sup>1162</sup> A Lei nº 34/2013, em seu art. 18º, n. 1, dispõe que “O segurança privado exerce exclusivamente as funções do conteúdo funcional das especialidades para que se encontra autorizado e habilitado nos termos da presente lei.” No art. 57º desta lei, tipifica-se como o exercício ilícito da atividade de segurança privada. *In verbis*: “Artigo 57.º Exercício ilícito da atividade de segurança privada

1 - Quem prestar serviços de segurança privada sem o necessário alvará, licença ou autorização é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos ou com pena de multa até 600 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Quem exercer funções de segurança privada não sendo titular de cartão profissional é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

3 - Quem exercer funções de segurança privada de especialidade prevista na presente lei e para a qual não se encontra habilitado é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

4 - Na mesma pena incorre quem utilizar os serviços da pessoa referida nos números anteriores, sabendo que a prestação de serviços de segurança se realiza sem o necessário alvará, licença ou autorização, ou que as funções de segurança privada não são exercidas por titular de cartão profissional ou da especialidade.”

O art. 58 dessa lei dispõe que “As pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos no artigo anterior.”

<sup>1163</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 218. Apesar de entender ser essa a finalidade da ativação da responsabilidade privada, o autor entende que a redação do REASP foi pouco feliz e incongruente.

Vejamos que o art. 14 do Estatuto do Torcedor prevê que a *responsabilidade* “pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes.” Para a garantia da segurança, esse mesmo artigo dispõe que as entidades devem “solicitar ao Poder Público competente a presença de agentes público de segurança, devidamente identificados, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos.” (inc. I). Por sua vez, o artigo 19 dispõe que as entidades responsáveis pela organização da competição e os seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades pública, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos torcedores, decorrentes de falha de segurança nos estádios ou inobservância das normas referentes a esta tarefa.

De outra forma, a entidade realizadora do jogo responde pela segurança dos torcedores, a qual é realizada, em regra, pelo poder público, através dos agentes públicos de segurança, após solicitação daquela. Entretanto, se o ordenamento jurídico prevê a responsabilização do agente pela falha na prestação de um serviço, deve-lhe ser dado os meios necessários para impedir e/ou evitar o dever jurídico secundário, qual seja, a indenização.

Como o torcedor possui uma relação consumerista com o clube organizador do evento, bem como o art. 14 e 19 da norma supracitada dispõe ser responsabilidade daquela a segurança do torcedor, o Superior Tribunal de Justiça entende que a clube mandante responde pelos danos sofridos pelos torcedores. Vejamos:

No que se refere às demais insurgências recursais, manifestou-se o Tribunal de origem (fls. 454/455 e-STJ): Do cotejo dos autos, percebe-se que, embora os recorridos tenham se reunido para delimitar o contingente policial a ser disponibilizado no dia do jogo (fls. 74/75 e 102), a segurança foi inadequada e insuficiente. Afinal, considerando a proximidade do local do incidente e a portaria do estádio - local que abriga a maior concentração de torcedores de ambas as equipes - conclui-se que o policiamento deveria ser mais presente e efetivo, buscando evitar as recorrentes “brigas” e tumultos, que comumente ocorrem em dias de “clássico”. O Boletim de Ocorrência é claro ao citar que a violenta agressão ao filho do apelante se deu “próximo ao CEU (Centro Esportivo Universitário)” - fls. 10/11, o que é corroborado pelas matérias jornalísticas de fls. 16/18, que, inclusive, chegaram a afirmar que “o espancamento de Ronaldo Pedro aconteceu na área interna do estádio”, local que, como dito, demandava uma atenção especial. É cediço que a rivalidade existente no futebol - prática tolerada e incentivada pelo Estado - infla os ânimos dos “torcedores” e gera inúmeras brigas, atos de violência e algazarra, o que exigia uma conduta mais atenciosa e vigilante por parte dos organizadores do evento e do Estado de Minas Gerais, visando evitar e coibir a violência. Aliás, por ser a final do campeonato mais importante do Estado e com um público acima da média, *exigia-se que a operação policial e, como um todo, de segurança fosse mais diligente. A segurança foi tão aquém do esperado que as provas dos autos dão conta de que, durante a confusão, foi possível que todos os amigos da vítima evadissem do local, sendo identificado apenas um dos supostos agressores* (fls. 179/185). (BRASIL. Superior Tribunal de

Justiça. Segunda Turma. AgRg no AREsp nº 549.125/PE. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Julgamento em: 26 maio 2015. Publicação em: 03 jun. 2015)

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça<sup>1164</sup> afirmou que

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.933 - SP (2018/0045205-1)  
RELATOR : MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)  
AGRAVANTE : SAO PAULO FUTEBOL CLUBE  
AGRAVADO : COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS  
AGRAVADO : CARLOS COSTA FILHO  
DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE contra decisão exarada pela il. Presidência da Seção de Direito Privado do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que inadmitiu o recurso especial. Cuidam os autos, na origem, de ação indenizatória proposta por CARLOS COSTA FILHO em desfavor de SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. Este, por sua vez, denunciou à lide COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS. O il. Magistrado julgou procedente os pedidos da demanda principal, bem como a denunciação da lide (sentença às fls. 350/356). Diante disso, SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE e COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS interpuseram os respectivos recursos. O eg. TJ-SP deu parcial provimento ao recurso de SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE e deu provimento à apelação de COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS, nos termos do v. acórdão, assim ementado:

"EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos Materiais e Moral - Torcedor agredido em Estádio durante partida de futebol - Cerceamento de defesa inexistente - *O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos, ou no seu entorno, quando do acesso ou saída do local, antes, durante e após os espetáculos, e a entidade detentora do mando de jogo, se obriga solidariamente com as entidades responsáveis pela organização da competição e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios* - Aplicam-se concomitantemente o Estatuto de Defesa do Torcedor e o Código de Defesa do Consumidor - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços consistentes na deficiência da segurança - Traumatismo crânio encefálico - Dano moral caracterizado - Pensão mensal afastada pela não comprovação de diminuição patrimonial - Denunciação da lide - Improcedência - Apólice de seguro firmada pela CBF - Ausência de direito regressivo do denunciante em relação à Seguradora - Recurso do réu provido em parte e apelação da denunciada à lide provida." (fl. 605)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (acórdão às fls. 623/628).

Inconformado, SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da CF/88, no qual alega, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 14 e 16 do Estatuto do Torcedor; do art. 14 do CDC; do art. 1022 do CPC/2015.

Como dito, o apelo nobre foi inadmitido às fls. 730/732. Irresignado, SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE manejou o presente agravo em recurso especial refutando os fundamentos da decisão que inadmitiu seu apelo nobre.

Foram apresentadas contraminutas (fls. 765/769 e 771/778).

É o relatório. Decido.

<sup>1164</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.256.933/SP. Relator: Min. Lázaro Guimarães. Julgamento: 02 abr. 2018.



(...)

Outrossim, no apelo nobre que pretende trânsito, sustenta o recorrente ofensa do art. 14 do Estatuto do Torcedor e do art. 14 do CDC, ao argumento de não ter praticado conduta ilícita apta a ensejar sua responsabilidade civil. Afirma que não possui o dever de evitar confusão no ambiente da torcida, mas tão somente tem a obrigação garantir e disponibilizar o policiamento adequado. Diante disso, conclui que não houve falha de segurança no estádio. O recurso, contudo, não merece prosperar. Isso porque o eg. TJ-SP, mediante análise soberana das provas carreadas aos autos, concluiu pela responsabilidade civil do recorrente. À título elucidativo, colacionam-se os excertos a seguir do v. acórdão estadual (fls. 607/609):

*"Em conformidade com a Lei n. 10.674/2003, denominada Estatuto de Defesa do Torcedor, é responsabilidade do poder público, das confederações, federações, ligas, clubes, associações ou entidades esportivas, entidades recreativas e associações de torcedores, inclusive de seus respectivos dirigentes, bem como daqueles que, de qualquer forma, promovem, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos, a prevenção da violência nos esportes (art. 1º-A).*

*O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após os espetáculos (art. 13), e a entidade detentora do mando de jogo, se obriga solidariamente com as entidades responsáveis pela organização da competição e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios (arts. 15 e 19).*

Aplica-se concomitantemente o Código de Defesa do Consumidor, e o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços (art. 14).

*O autor apresentou o ingresso para o espetáculo (fls.160), em decorrência do que, tinha direito à proteção contra qualquer violência física e moral, não negando o requerido na apelação a ocorrência dos fatos no interior do Estádio, suscitando apenas as excludentes de fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Pela aplicação simultânea de ambas as normas, ocorrendo a agressão no local do espetáculo, ou no seu entorno, quando do acesso ou saída do local, o fornecedor responde objetivamente pelo dano, não havendo caso fortuito ou força maior na prática de atos de violência, perfeitamente presumíveis, não tendo sido eficiente a segurança disponibilizada, dispensando a má-prestação do serviço a produção de prova oral, estando ausente o cerceamento de defesa.*

A perícia médica constatou no autor seqüela de traumatismo crânio encefálico, decorrente de lesão em lobo frontal esquerdo do cérebro, resultando em déficit parcial de memória e incapacidade laborai (fls.296).

São inequívocos o nexo causai, o dano e a responsabilidade. O dano moral restou plenamente caracterizado, e diante da gravidade das lesões irreversíveis, o valor foi adequadamente fixado."

Nesse cenário, para se alterar o entendimento ora transcrito, quanto à comprovação da responsabilidade civil do recorrente, seria necessária a revisão de matéria fático-probatória, o que é inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Melhor sorte não socorre ao recurso no que diz respeito ao art. 16 do Estatuto do Torcedor. Sob a alegada infringência, afirma o recorrente que, com base nesse dispositivo, possuiria relação jurídica com a seguradora litisdenunciada, uma vez que contribuiu com parte de sua renda para a partida de futebol. O eg. TJ-SP, por sua vez, com base nas provas carreadas aos autos, concluiu pela inexistência de relação jurídica entre o recorrente e a seguradora recorrida, conforme transcrição a seguir (fl. 609):

*"No tocante à lide secundária, não há relação contratual entre o denunciante e a Seguradora, isto porque a apólice foi firmada pela CBF (fls.206), não se podendo falar em relação à denunciada em direito regressivo, improcedendo a denúncia da lide. Não se caracterizou quaisquer das hipóteses do art. 17 do CPC."*

Nesse aspecto, incide novamente a Súmula 7/STJ, pois, para modificar a conclusão assentada pelo eg. TJ-SP, acerca da ausência de relação jurídica com a seguradora, seria necessária a revisão de matéria fático-probatória, o que não é possível em sede de recurso especial.

Por fim, no que tange à divergência jurisprudencial, o apelo também não merece acolhimento, pois não há similitude fática e jurídica entre o v. acórdão recorrido e os arestos paradigmas oriundos do TJ-MG e TJ-RS.

Assim, forçoso reconhecer que o presente apelo não merece prosperar.

Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Majoro os honorários advocatícios recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, quanto à lide principal, de R\$ 10% (dez por cento) para R\$ 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação, e, quanto à denunciação da lide, de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para

3.300,00 (três mil e trezentos reais).

Publique-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2018.

MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)

Relator (Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), 09/04/2018) (grifo nosso).

Observa-se do julgado acima que o clube responsável pelo espetáculo afirmou, em sua defesa, que não praticou qualquer conduta ilícita, requisito indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, conforme o disposto nos arts. 186,<sup>1165</sup> 187<sup>1166</sup> e 927<sup>1167</sup> do Código Civil de 2002. A ausência de ilicitude decorreria do fato de que aquela entidade teria obrigação tão somente de garantir e disponibilizar o policiamento adequado, e não de evitar confusão no ambiente da torcida. Entretanto, esta argumentação não foi aceita, vez que se entendeu haver responsabilidade solidária, independentemente da existência de culpa, de acordo com o disposto no Estatuto do Torcedor e do Código de Defesa do Consumidor.

Antes de continuar, cabe apenas mencionar que o art. 17<sup>1168</sup> do Estatuto do Torcedor dispõe que é direito do torcedor a implementação de planos de ação referentes à segurança e

<sup>1165</sup> “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>1166</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>1167</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

<sup>1168</sup> “Art. 17. É direito do torcedor a implementação de planos de ação referentes a segurança, transporte e contingências que possam ocorrer durante a realização de eventos esportivos.

§ 1º Os planos de ação de que trata o caput serão elaborados pela entidade responsável pela organização da competição, com a participação das entidades de prática desportiva que a disputarão e dos órgãos responsáveis pela segurança pública, transporte e demais contingências que possam ocorrer, das localidades em que se realizarão as partidas da competição.

§ 2º Planos de ação especiais poderão ser apresentados em relação a eventos esportivos com excepcional expectativa de público.

§ 3º Os planos de ação serão divulgados no sítio dedicado à competição de que trata o parágrafo único do art. 5º no mesmo prazo de publicação do regulamento definitivo da competição.”

outras atividades. O parágrafo primeiro dispõe que os planos de ação serão elaborados pelas entidades responsáveis pela organização da competição, com participação das entidades de prática que irão disputar o jogo e os órgãos responsáveis pela segurança pública.

Pois bem, não nos cabe aqui analisar a falha na realização do plano de ação, mas sim na falha da prestação do serviço público de segurança. Ressalta-se apenas que o plano de ação corresponde à atuação preventiva, a qual inclui as operações de vigilância e controle. Nesta hipótese, o particular responde pela falha nesse plano; sem que isto apresente maiores discussões.

Entretanto, cabe discutirmos a falha na prestação do serviço de segurança. Obviamente que a falha do segundo (serviço de segurança) pode decorrer da falha no primeiro (plano de ação), mas não foi isto que ocorreu na jurisprudência acima citada. E se o fosse, como a falha na prestação da segurança teria origem no plano de ação, haveria sim a responsabilidade da entidade privada.

A discussão principal recai sobre a existência de responsabilidade do particular, organizador do evento, da falha do serviço de segurança, por questões eventuais e extraordinárias, não decorrentes do plano de ação. A importância da discussão recai sobre a possibilidade (ou não) do particular prestar esse serviço ou se ele é exclusivo do Estado. Se a lei prevê que a entidade privada organizadora do evento esportivo responde solidariamente com o poder público em relação à segurança do jogo, àquela mesma entidade deve ser oportunizada garantir a segurança nos jogos, de forma subsidiária e complementar ao poder público. A entidade prestaria uma segurança privada, no âmbito privado, mas de interesse público.

Não estamos aqui a defender uma substituição da segurança pública realizada pelo poder público pela segurança pública realizada pela entidade privada, mas sim do pleno exercício de uma segurança privada de interesse público, em que a entidade privada tem o dever e direito de buscar garantir a segurança dos torcedores, em eventos esportivos e de amplo acesso ao público. Ora, se ela responde pelos danos sofridos por estes torcedores, ela deve buscar garantir a sua proteção, de forma preventiva e repressiva, até mesmo para evitar futuros prejuízos para si, em virtude da responsabilização civil objetiva.

Não devemos nos esquecer que a responsabilidade civil decorre da prática (ação ou omissão) do ato ilícito. A violação de um dever jurídico (primário ou originário) configura ato ilícito. Ao não ser observado esse dever jurídico primário e, em razão disto, outrem venha a sofrer um dano, há o surgimento de um dever jurídico secundário (ou sucessivo): a indenização. A indenização corresponde ao dever jurídico sucessivo, cujo objetivo é reparar o dano sofrido em virtude do não cumprimento do dever jurídico primário. Ou seja, a responsabilidade civil é

o dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (responsabilidade = violação do dever jurídico + dano).<sup>1169</sup>

Não cabe ao ordenamento jurídico estabelecer deveres jurídicos às pessoas sem o devido instrumento para a sua realização. Segundo a lógica jurídica – imprescindível para a análise da responsabilidade civil e para a tese ora estudada – a criação de deveres jurídicos não pode se dissociar dos meios necessários para a implementação e efetivação daquele dever, sob pena de ferir, inclusive, o princípio geral do direito de que “*ninguém pode ser obrigado ao impossível*”. Não poderíamos falar em responsabilidade civil se o particular não poderia – e nem lhe foi possibilitado os meios – para evitar que o evento danoso viesse a ocorrer.

Isto posto, em relação ao Estatuto do Torcedor, a entidade privada apenas deve possuir a responsabilidade de indenizar o torcedor pelos danos sofridos, se ela, por outro lado, tiver a obrigação – e possibilidade jurídica – de garantir a segurança dentro dos estádios. Se a obrigação desta acaba na realização do plano de ação e na atuação de vigilância e controle, aquela apenas pode responder perante os torcedores em virtude da falha na realização destas atividades. Entretanto, se ela responde por qualquer dano sofrido pelo torcedor, independentemente da plena execução do plano e da correta atuação na operação de vigilância e controle, mas decorrente da falha na prestação do serviço pelos agentes públicos de segurança, entendemos que a entidade privada tem o direito de melhor prestar o serviço aos seus consumidores/terceiros; o que permitiria a contratação de empresas privadas de segurança. Estas teriam a obrigação de atuar de forma subsidiária e complementar e no auxílio dos agentes públicos de segurança.

Outra situação cada vez mais comum é a contratação de segurança privada por associações de moradores para o exercício dessa atividade pública. Em razão do aumento de insegurança nas cidades do Brasil, essa situação é cada vez mais comum, entretanto, é imprescindível a autorização legislativa para a regulação da matéria. Em Natal, capital do Rio Grande do Norte, foi criada a Lei nº 531, de 21 de março de 2018, denominada “Bairro Seguro”. Conforme essa previsão, a Prefeitura Municipal pode autorizar a instalação de sinalização e bloqueios em vias públicas do Município, nos bairros considerados de zoneamento residencial (art. 1º). Para isso, é necessário a subscrição de 85% (oitenta e cinco por cento) dos moradores daquela localidade (art. 2º). A finalidade dessa medida é impedir o tráfego de qualquer veículo

---

<sup>1169</sup> Obrigação é sempre um dever jurídico originário; e responsabilidade é sempre um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Ou seja, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo (“a responsabilidade é a sombra da obrigação”).

ou limitar o tráfego de veículos pesados, sendo proibido a vedação ao livre acesso pelas vias principais por qualquer tipo de veículo ou pessoa (art. 4º).

A lei não disciplina qual será o regramento de limitação nem como isso irá ocorrer. O art. 3º apenas afirma que o requerimento para a autorização, junto à Secretaria Municipal de Transporte e Trânsito Urbano (STTU), deverá constar o croqui de cada bairro, com a indicação das vias onde serão instalados equipamentos (art. 3º). E o art. 4º prevê que nesse requerimento deve constar o projeto de “edificação dos bloqueios”, cuja finalidade é impedir o tráfego de qualquer veículo ou limitar o tráfego de veículos pesados, especificando as dimensões e o tipo de material utilizado. O único condicionante é a proibição de vedação ao livre acesso pelas vias principais de qualquer pessoa ou veículo.

Entretanto, apesar da discricionariedade administrativa na autorização para tal limitação, entendemos que, em virtude dos direitos fundamentais, especificamente o de ir e vir, bem como o direito de usufruir da cidade e das ruas, praças, parques, dentre outros, bem de uso comum do povo, entendo que essa possibilidade de vedação às ruas “não principais” deve ser bem limitado, observado o princípio da motivação e proporcionalidade/razoabilidade. Por outro lado, apesar disto, esta política tem fundamental importância na atuação preventiva à criminalidade, bem como na garantia do bem-estar dos moradores e frequentadores daquela localidade.

Por fim, o art. 6º disciplina que *“os custos dos equipamentos, da instalação e manutenção dos equipamentos serão custeados pelos munícipes requerentes, cabendo a Administração tão somente a fiscalização.”*

No caso, tal como explanado no presente item, o ente público se retira de seus deveres e permite que o particular exerça – com uma série de limitações – o seu direito de autodefesa. Ou seja, novamente, a inércia e ausência do Estado na área de segurança faz com que haja uma certa “liberação” para que o particular exerça o seu direito à autoproteção, de modo a configurar certa privatização funcional, mas em que os particulares atuem segundo o direito privado.

Dessa mesma forma, entendemos ser possível juridicamente que esses mesmos moradores contratem entidades privadas para a realização da segurança naquele bairro, não apenas para a proteção patrimonial e pessoal dos contratantes, mas também para a manutenção da ordem pública naquela localidade, seja as ruas, praças e outros espaços públicos. Em relação à manutenção da ordem pública, a atuação da entidade privada de segurança legitima-se e limita-se pelo *“direito de todos”*, especificamente a legítima defesa de terceiros, ação direta e

detenção e flagrante delito.<sup>1170</sup> Por outro lado, deve atuar nos estritos termos do previsto no ato autorizativo do município.

A prestação dessa tarefa não substitui os agentes públicos de segurança, mas, de igual modo ao exemplo anterior, consiste em uma atuação privada de interesse público, subsidiária ao poder público. Ressalta-se que, mesmo que não haja a integralidade dos moradores na subscrição, aqueles que não subscreveram irão se beneficiar do serviço prestado. Ou seja, há uma contratação de empresas privadas para a prestação do serviço de segurança privada, para um grupo específico de pessoas, de modo a trazer benefícios a terceiros, de forma a garantir a manutenção da ordem pública. O terceiro pode ser tanto aquele que culposamente ou intencionalmente quis se aproveitar desses benefícios (carona) ou aquele que se beneficia da prestação de um serviço de segurança privada contratado por outrem, atrelado a outro serviço.

Quanto ao espaço privado aberto ao público, com entrada incondicionada e serviço de segurança privada com o objetivo de atender interesses privados, em uma relação jurídica consumerista, ocorre sob a égide do regime jurídico de privado. Quanto a esses espaços, o que nos interessa aqui são aqueles abertos, com acesso ao público, tais como shoppings. Aqui deve vigorar, inicialmente, o *Hausrecht*<sup>1171</sup> (“regras da casa” – tradução livre): é o “poder doméstico” do senhorio ou proprietário do imóvel ou estabelecimento comercial de regulamentar as regras internas, seja entrada ou permanência, do seu espaço, em razão de possuir uma posição soberana e de domínio (“minha casa, minhas regras”). Se na hipótese descrita no item anterior, o regramento decorre de lei ou ato administrativo, aqui o regramento decorre de normas estipuladas pelo proprietário.

No exercício do *Hausrecht*, o particular tem o poder de exercer o controle e a vigilância da sua propriedade. O proprietário de um shopping center não é obrigado a permitir a presença de pessoas que não sigam as regras comportamentais de seu regulamento interno, especialmente em prol do resultado econômico lícitamente perseguido. Apesar disto, a utilização do poder coercitivo só é legítima na hipótese do “direito de todos”, tais como a legítima defesa, própria ou de terceiros, o esbulho e turbação possessória e flagrante delito. Caso seja necessário a utilização da força fora dessas hipóteses, faz-se necessário a convocação do agente público da segurança.

---

<sup>1170</sup> Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Miguel Nogueira de Brito. O autor português assevera que “os privados podem exercer atividades de segurança nos limites dos direitos privados de legítima defesa, acção directa e detenção em flagrante delito que assistem a todos; a atribuição a privados de tarefas de segurança pública está vedada pela Constituição.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 306.

<sup>1171</sup> Tem origem e fundamento no direito civil de propriedade (§§ 858 ss., 903, 1004 BGB), mas também na inviolabilidade do domicílio no âmbito civil

Essa situação é diferente daquela citada acima acerca da segurança privada em espetáculos esportivos. A despeito de ambos serem espaços privados, o ponto de distinção recai na esfera de proteção e na natureza dos regramentos: enquanto a segurança realizada pela entidade privada em shoppings tem por objetivo a proteção de bens jurídicos privados, atuando em espaço privado; a entidade privada contratada para a realização da segurança em eventos esportivos tem por finalidade a incolumidade dos cidadãos presentes. Embora em ambos os casos podemos falar em espaços privados, de amplo acesso ao público, há uma linha bastante tênue, em que, em regra, vemos a atividade de segurança realizada em edifícios como “*shoppings*” com fulcro de atender ao legítimo interesse dos seus condôminos e clientes, em uma relação consumerista (privada). Por outro lado, por haver uma possibilidade real, bem como amplo histórico, de briga entre torcidas e situações dessa natureza, os organizadores dos eventos desportivos preocupam-se, em regra, na manutenção da paz e da ordem pública, embora na realização de uma atividade privada, aberta ao público e de interesse público.

A despeito disto, na hipótese dos grandes espetáculos esportivos, o regramento a ser obedecido decorre de lei ou ato administrativo autorizado por lei – apesar de o organizador do evento ter a prerrogativa de estabelecer alguns condicionantes -, já no caso ora analisado, o regramento tem como origem o exercício do *Hausrecht*, decorrente do direito de propriedade, o qual é criado e estabelecido pelo proprietário do local, embora decorrente (e limitado) da Constituição e das leis.

Quanto ao espaço privado e/ou público na prestação de serviço público. É bastante comum a privatização dos serviços públicos, *verbi gratia*, transporte públicos aéreos, terrestres etc. Os serviços de transporte, como ônibus, trem, metro, aeroportos, ferrovias, dentre outros, têm sido constantemente prestados por entidades privadas, sob o controle estatal. Com isso, muitas vezes o espaço e gestão das plataformas são privados e, portanto, necessitam de uma resposta urgente para as diversas situações que podem acontecer no dia-a-dia, tais como roubos, furtos, assédio sexual, dentre outros. Como isso ocorre dentre de um espaço privado, a entidade prestadora desse serviço responde diretamente pelos danos sofridos pelos usuários desse serviço.

As mesmas considerações realizadas quando da análise da vigilância e controle na entrada de eventos esportivos são aplicáveis neste momento. Para o ingresso na plataforma de um metro ou trem, na área de embarque de um aeroporto e casos similares, entende-se possível a delegação dessa tarefa a uma entidade privada, vez que não há coercibilidade, mas apenas uma espécie de consentimento prévio ou tácito. Contudo, em relação à tarefa de vigilância coercitiva, após o ingresso no espaço, com o objetivo da atuação preventiva criminal em sentido

estrito, com incidência sob a esfera de direitos do cidadão, essa função deve ser realizada por agentes públicos de segurança.<sup>1172</sup>

Não obstante a presença da polícia seja necessária, é muito comum não haver o efetivo mínimo para garantir a ordem pública, de modo que entendemos que a entidade privada tem o poder e dever de contratar empresas privadas para auxiliar na manutenção da ordem pública, em atuação subsidiária e complementar ao Poder Público, evitando, pois, prejuízo aos cidadãos (consumidores desse serviço público), garantindo o pleno exercício dos direitos fundamentais destes. Todavia, tal como na situação dos shoppings, a entidade privada contratada pode utilizar-se da força apenas na hipótese que recaia o “*direito de todos*”; nas demais, é necessário que seja provocação do agente público da segurança.<sup>1173</sup> Entretanto, quando o fizer, tanto em relação às tarefas de prevenção e segurança o particular estará atuando sob a égide dos princípios da Administração Pública, tal como a imparcialidade, isenção, boa-fé, dignidade humana, dentre outros, em virtude da atuação voltada à concretização de um serviço público.<sup>1174</sup> Por isso, João José Rodrigues Afonso entende haver uma privatização material de tarefas públicas de segurança.

Já Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves<sup>1175</sup> afirma que nessa situação acima há uma grande zona de confluência da segurança pública e privada. Estamos a falar de um espaço privado – na verdade, são espaços “semi-públicos” ou “semi-privados” –, a serviço da segurança privada, contratados pelas empresas privadas, mas para atuar de forma a garantir a ordem pública em espaço destinado à prestação de um serviço público.

---

<sup>1172</sup> João José Rodrigues Afonso possui o mesmo entendimento. O autor português afirma que “A situação é, contudo, diferente quando a pessoa, depois de já ter passado pelo processo de controlo, seja suspeita de possuir um objeto cujo transporte, embora não proibido, seja apenas permitido no porão de carga. Neste caso, porque a ação dos seguranças privados está limitada ao espaço onde é feito o controlo de acesso, apenas os agentes das forças de segurança podem efetuar uma revista de segurança ou como medida preventiva à pessoa suspeita, mesmo contra a sua vontade, em condições de legalidade e legitimidade semelhantes às estipuladas no nº 3 do artigo 25.º da Lei nº 39/2009, de 30 de julho. Havendo suspeitas que a posse do objeto configura a prática de um crime (v. g., uma arma proibida), a revista é efetuada pelos agentes de autoridade pública na qualidade de órgãos de polícia criminal, ao abrigo das disposições processuais penais.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 231

<sup>1173</sup> No mesmo sentido, Pedro Gonçalves. “As entidades públicas com poderes de jurisdição sobre espaços delimitados podem contratar empresas de segurança para vigiar e circular por esses espaços. Como tem sido observado, essa possibilidade abre a porta a formas de colaboração e de parceria entre a Administração e as empresas de segurança privada: estas vigiam e actuam informalmente em espaços públicos e aquela toma decisões e actua formalmente em face dos atos concretos que possuem afectar a segurança.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 387.

<sup>1174</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 231.

<sup>1175</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 386.



No caso, Pedro Gonçalves<sup>1176</sup> entende não haver uma privatização funcional. Esta apenas ocorreria caso estivéssemos a abordar um espaço público, em que houvesse a troca da tarefa pública pela tarefa privada, vez que a prestação do serviço ocorre por um particular, e não pela entidade pública, de modo que esta não possui, neste âmbito, “funções e poderes de polícia”. E como a própria entidade pública não se encontra investida dessas funções e competências de polícia,<sup>1177</sup> não cabe falar em “privatização de funções e poderes de polícia”, mas apenas em uma “contribuição privada para a execução, pela própria Administração”, daquela função pública.

#### 6.3.3.1 O direito fundamental à autodefesa (legítima defesa) e o Estatuto do Desarmamento

O direito fundamental à segurança está reconhecido não apenas na Constituição Federal de 1988 quanto em normas internacionais. Dentre as perspectivas do direito fundamental à segurança, associado ao direito ao desenvolvimento, temos que a autodefesa é uma das suas legítimas vertentes. A autodefesa é uma vertente negativa do direito à segurança e consiste em repelir, usando-se dos meios necessários e moderados, injusta agressão.

Ocorre que, em Estados Democráticos, o legislador pode, através do seu juízo de valor, limitar e regular os meios legais para o exercício da legítima defesa, tal como a proibição de

---

<sup>1176</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 390. O autor afirma ainda que “É exatamente porque a Administração aceita antecipadamente beneficiar do exercício dos ‘direitos de todos’ pelos agentes de segurança privada que uma parte da doutrina germânica se refere, em termos severamente críticos, a uma instrumentalização dos direitos privados para a realização de fins de segurança pública. Haverá, nesse caso, um ‘abuso dos direitos privados’, uma inaceitável e perigosa fuga para o direito privado e uma privatização inconstitucional de tarefas de polícia e de segurança. Particularmente quanto a este último aspecto, salienta-se que a contratação pública de empresas de segurança privada adultera a lógica da subsidiariedade do emprego da força entre os particulares e metamorfoseia, de modo particularmente ostensivo, o instituto da legítima defesa. O contexto normativo, cultural e social da legítima defesa está associado à exigência de uma reação imediata, ocasional e, sobretudo, desorganizada. Na hipótese que estamos a considerar, transforma-se-á num ‘meio normal’ de defesa, exercido no contexto de uma actuação planeada e organizada (defesa profissional) e, além de tudo, ao serviço da Administração Pública. Por outro lado, há limites específicos do emprego da força pelos serviços de segurança pública que não se aplicam ao caso de legítima defesa.”

<sup>1177</sup> Para o autor, “A contratação pública da segurança privada para actuar em espaços públicos traz, de facto, uma questão específica: o recurso a formas de direito privado para a prossecução de objectivos públicos de segurança. De facto, a Administração parece substituir ‘competências e poderes públicos de polícia’ por ‘direitos privados’. Estes direitos privados, excepcionais e ocasionais, convertem-se em competências normais e formas organizadas de garantir a segurança em espaços públicos. Tudo isso parece conduzir a uma conclusão inevitável: a proibição da privatização funcional da vigilância de espaços públicos, salvo se estiver estabelecido no contrato de prestação de serviços de segurança privada que os agentes apenas podem desempenhar missões de mera vigilância” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 390.

arma de fogo.<sup>1178</sup> No Brasil, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003,<sup>1179</sup> dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, bem como sobre o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e foi regulamentada pelo Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004.<sup>1180</sup> O art. 35<sup>1181</sup> dessa lei previa a proibição da comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, tendo condicionado a sua entrada em vigor à aprovação, “mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.” (§ 1º). O § 2º dispunha que “em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.”

Por conseguinte, o Decreto Legislativo nº 780, de 7 de julho de 2005, autorizou *referendo* acerca da comercialização de arma de fogo e munição em território nacional, a se realizar no primeiro domingo do mês de outubro de 2005. Estipulou-se que a pergunta a ser

---

<sup>1178</sup> O professores de Harvard Don Kates e Gary Mauser afirmara que “nações com rigorosas leis anti-armas geralmente têm taxas de homicídio substancialmente mais altas do que as que não têm. O estudo concluiu que as nove nações europeias com as menores taxas de posse de armas (5.000 ou menos armas por 100.000 habitantes) têm uma taxa combinada de homicídios três vezes maior do que a das nove nações com as maiores taxas de posse de armas (pelo menos 15.000 armas por 100.000 habitantes).” Dentre as argumentações citadas pelos professores, podemos elencar as seguintes: nos EUA, as vendas de armas aumentaram nas últimas duas décadas, enquanto os homicídios caíram quase 40%; Nações europeias que mais têm homicídios em proporção ao números de habitantes são as que têm menor posse de arma entre os residentes; As maiores chacinas em solo americano foram em estados que têm legislação mais rigorosa contra o porte de armas.; o Estados Unidos figura no topo da lista de países com mais armas, mas ocupam o 28º lugar na estatística de mortes por tiros; A taxa de ocorrências criminosas violentas nos EUA caiu de 1992 para 2011. Em contrapartida, as armas se proliferaram entre os civis; por ano, mais de 200 mil mulheres usam armamento de fogo para proteção contra estupros; os números mostram que se usa mais armas para impedir crimes do que para matar, em uma relação 80 vezes superior no primeiro caso; em 10 anos (1991 a 2001), acidentes com armas de fogo tiveram queda; na Inglaterra, há 4 vezes mais crimes violentos em proporção à população do que nos EUA; no Reino Unido, onde o controle de compra de armas é mais rígido, há 125% mais registros de crimes sexuais do que na América; são 133% mais vítimas de assalto no país europeu, em comparação com os EUA; no Reino Unido tem quatro vezes mais arrombamentos do que a média de toda a União Europeia; e lá tem também a segunda maior taxa de crimes violentos da região. na Austrália houve alta de 19% dos homicídios depois do desarmamento da sociedade; na americana Chicago, após aprovação de leis rigorosas contra as armas, em 2012, houve alta de 17% na quantidade de assassinatos; por causa dessa escalada da violência, a cidade recuou em 2014 e reviu as leis. Como resultado, caíram as estatísticas de roubo, arrombamentos e assassinatos; Kennesaw, uma cidade da Geórgia, aprovou uma lei que determina a existência de uma arma em cada casa. A legislação fez a criminalidade recuar pela metade; nações que promoveram chacinas em nome da guerra e do poder vitimaram 170 milhões de pessoas no séc. 20. A maior parte dos mortos havia sido desarmada pelo Estado. KATES, Don B.; MAUSER, Gary. Would Banning Firearms Reduce Murder And Suicide? A Review Of International And Some Domestic Evidence. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 30, n. 2, 2007.

Aqui no Brasil o Estatuto do Desarmamento foi aprovado há uma década, mas a quantidade de assassinatos por ano continua altíssima: 60 mil/ano. Além disso, em três décadas subiu em mais de 300% as mortes por armas de fogo.

<sup>1179</sup> “Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.”

<sup>1180</sup> “Regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes.”

<sup>1181</sup> “Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6o desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.”

respondida pelos cidadãos brasileiros seria: “o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Após intenso e acalorado debate na sociedade, no dia 25 de outubro de 2005 foi divulgado o resultado final da apuração de votos realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral. No caso, 63,94% das pessoas votaram pelo “não”, contra 36,06%, que votaram no “sim”. Ou seja, os cidadãos brasileiros, após o questionamento realizado, escolheram pela não proibição do comércio de armas de fogo e munição.<sup>1182</sup>

Não obstante a vitória do “não” e a não entrada em vigor do art. 35 do Estatuto do Desarmamento, as demais normas desta lei continuaram válidas. E elas são, de igual modo, extremamente restritivas à posse e porte de arma de fogo pelo cidadão. Conforme o art. 6º do Estatuto, “é proibido o porte da arma de fogo<sup>1183</sup> em todo o território nacional, salvo nos casos previstos em legislação própria e para: (...)” Na relação prevista no art. 6º constam apenas agentes públicos, com exceção da previsão no inc. VIII: “as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas.”

Fora das hipóteses previstas no art. 6º, o art. 10 dessa lei estabelece que “a autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.”<sup>1184</sup> Além disto, ela

<sup>1182</sup> O “sim” não venceu em, absolutamente, nenhum estado brasileiro.

<sup>1183</sup> O porte da arma de fogo difere da posse da arma de fogo. Enquanto a posse da arma de fogo consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. Frise-se que apenas o titular/proprietário do estabelecimento tem a posse dessa arma, e não qualquer empregado ou familiar; já o porte da arma de fogo pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho. É mais abrangente que a posse e, por isso, necessita tanto do registro supramencionado quanto do porte de armas, o qual é regulamentado pelo art. 6º da mesma lei já mencionada. Quanto a essa diferença, o Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que “I - Não se pode confundir posse irregular de arma de fogo com o porte ilegal de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho.” (HC n.º 92.136/RJ. (2007))

<sup>1184</sup> Conforme a Lei, Lei 10.826/2003:

“Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1)

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

é concedida com eficácia temporária e territorial limitada e depende (§ 1º): da demonstração da efetiva necessidade para o exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física (inc. I), atender às exigências do art. 4º<sup>1185</sup> desta lei (inc. II) e apresentar documentação de propriedade de arma de fogo, bem como seu devido registro no órgão competente (inc. III).

Entretanto, era uma política do governo federal – na época do governo do partido dos trabalhadores, cuja duração ocorreu de 2002 a 2018 – a não concessão da posse da arma de fogo para os seus cidadãos, salvo em casos excepcionalíssimos. Em razão disso, uma das principais plataformas e promessa de campanha do atual presidente eleito do Brasil, o sr. Jair Messias Bolsonaro, pautou-se na defesa da “reformulação do Estatuto do Desarmamento para garantir

---

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.”

<sup>1185</sup> “Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

§ 1º O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização.

§ 2º A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei

§ 3º A empresa que comercializar arma de fogo em território nacional é obrigada a comunicar a venda à autoridade competente, como também a manter banco de dados com todas as características da arma e cópia dos documentos previstos neste artigo.

§ 4º A empresa que comercializa armas de fogo, acessórios e munições responde legalmente por essas mercadorias, ficando registradas como de sua propriedade enquanto não forem vendidas.

§ 5º A comercialização de armas de fogo, acessórios e munições entre pessoas físicas somente será efetivada mediante autorização do Sinarm.

§ 6º A expedição da autorização a que se refere o § 1º será concedida, ou recusada com a devida fundamentação, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data do requerimento do interessado.

§ 7º O registro precário a que se refere o § 4º prescinde do cumprimento dos requisitos dos incisos I, II e III deste artigo.

§ 8º Estará dispensado das exigências constantes do inciso III do caput deste artigo, na forma do regulamento, o interessado em adquirir arma de fogo de uso permitido que comprove estar autorizado a portar arma com as mesmas características daquela a ser adquirida.”

o direito do cidadão à legítima defesa sua, de seus familiares, de sua propriedade e a de terceiros!”<sup>1186</sup>

Nesse sentido, já em 15 de janeiro de 2019, o Presidente da República Federativa do Brasil assinou o Decreto nº 9.685 – publicado no dia 16 de janeiro de 2019 – alterando o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes.<sup>1187</sup> De acordo com esta nova norma, aos cidadãos residentes em área urbana ou rural está permitido manter arma de fogo em casa, desde que cumpridos os requisitos de "efetiva necessidade".<sup>1188</sup> O art. 1º desse Decreto altera o art. 12, § 7º, do Decreto nº 5.123/04 para passar a vigorar com a seguinte redação:

Art. 12. (...)

§ 7º Para a aquisição de armas de fogo de uso permitido, considera-se presente a efetiva necessidade nas seguintes hipóteses:

I - agentes públicos, inclusive os inativos:

a) da área de segurança pública;

b) integrantes das carreiras da Agência Brasileira de Inteligência;

c) da administração penitenciária;

d) do sistema socioeducativo, desde que lotados nas unidades de internação a que se refere o inciso VI do caput do art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; e

e) envolvidos no exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente;

II - militares ativos e inativos;

III - residentes em área rural;

IV - residentes em áreas urbanas com elevados índices de violência, assim consideradas aquelas localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, conforme os dados do Atlas da Violência 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública;

V - titulares ou responsáveis legais de estabelecimentos comerciais ou industriais; e

VI - colecionadores, atiradores e caçadores, devidamente registrados no Comando do Exército.

<sup>1186</sup>

Ver:

<[http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta\\_1534284632231.pdf](http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf)>. Acesso em 27 de novembro de 2018.

<sup>1187</sup> No discurso de solenidade de assinatura do Decreto, o Presidente afirmou que a norma restabelece um direito definido no referendo: "Como o povo soberanamente decidiu por ocasião do referendo de 2005, para lhes garantir esse legítimo direito à defesa, eu, como presidente, vou usar esta arma (...) Infelizmente o governo, à época, buscou maneiras em decretos e portarias para negar esse direito", disse Bolsonaro. "O povo decidiu por comprar armas e munições e nós não podemos negar o que o povo quis nesse momento", declarou. Na oportunidade, Bolsonaro ainda criticou a maneira como a lei até então em vigor exigia comprovação da "efetiva necessidade" de ter uma arma em casa. Segundo ele, essa regra "beirava a subjetividade". O novo texto mantém a exigência da efetiva necessidade, mas estabelece as situações concretas em que se verificam a "efetiva necessidade".

<sup>1188</sup> Observa-se que o Decreto aborda apenas a posse da arma de fogo, e não o porte de arma. O direito à posse é a autorização para manter uma arma de fogo em casa ou no local de trabalho (desde que o dono da arma seja o responsável legal pelo estabelecimento). Para andar com a arma na rua, é preciso ter direito ao porte, cujas regras são mais rigorosas e não foram tratadas no decreto.

Como ponto fulcral, o § 1º do art. 12 passa a trazer uma presunção (relativa) de veracidade dos fatos e das circunstâncias afirmadas na declaração de efetiva necessidade (art. 12, inc. I, do Decreto nº 5.123/94), no exame pela Polícia Federal. Ou seja, esta não tem mais discricionariedade na análise da Declaração de Efetiva Necessidade,<sup>1189</sup> apenas investigar a veracidade das informações prestadas pelo cidadão.

No caso, antes da alteração, o Decreto nº 5.123/04 conferia (ampla) discricionariedade à autoridade administrativa na análise do fato consistente no requisito “efetiva necessidade” (art. 12, inc. I).<sup>1190</sup> No processo de concretização normativa na atividade administrativa, através da discricionariedade, é imprescindível a autoridade observar uma série de atos e fatos jurídicos previstos pelo ordenamento, assim como critérios metajurídicos, como as demandas sociais, político e econômica.<sup>1191</sup> Isso porque, de acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>1192</sup>

O plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de

---

<sup>1189</sup> Vladimir da Rocha França ensina que a discricionariedade “consiste num processo de decisão política-jurídica, através da qual a autoridade pública, para a composição ou concretização de um provimento normativo, emprega critérios de conveniência e de oportunidade na análise da realidade social, admitidos pela ordem jurídica. Mediante a discricionariedade, o ordenamento jurídico estatal deixa-se cognitivamente aberto para a apreensão das demandas sócio-políticas e, concede dinamismo para a ação estatal, ao abrir espaço jurídico para a utilização de um juízo de oportunidade para criação e aplicação de normas jurídicas. Constitui um dos canais do sistema jurídico para conhecer a realidade sócio-política, através da qual a ordem política encontra soluções jurídicas para suas expectativas normativas. A realidade social consiste numa multiplicidade de fatos, que eclodem de modo desordenado e não uniforme. Dentro dela a política e direito, como ordens sociais funcionalmente diferenciadas, estabelecem numa relação dialética, politizando ou juridificando conteúdos sociais, mantendo a estabilidade normativa do poder e a efetividade da norma (...)”. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 39. Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua discricionariedade como “A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger dentre pelo menos dois critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 48. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto a discricionariedade é “a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo da legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33. O autor afirma também que a discricionariedade é “a possibilidade jurídica, criada por uma norma originária, para o exercício da uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados”. p. 32.

<sup>1190</sup> Ressalta-se que o Decreto nº 9.685, de 16 de janeiro de 2019, foi revogado pelo Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019; de modo que a Polícia Federal voltou a ter ampla discricionariedade para análise do requisito de “efetiva necessidade” para fins de autorização para o porte e a posse da arma de fogo.

<sup>1191</sup> Ver: FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94.

<sup>1192</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17.

suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade.

Conforme ensina Vladimir França,<sup>1193</sup> “a interpretação é a fase anterior a toda formulação da norma jurídica e da norma de decisão, inclusive e principalmente a discricionariedade”. Cabe à autoridade, após visualizar o quadro normativo mais amplo (discricionariedade), realizar uma análise interpretativa sobre o caso em concreto, fazer a subsunção dos fatos aos conceitos interpretáveis e postos na atividade discricionária. Apenas após essa análise interpretativa, pode-se utilizar do espaço deixado ao juízo de oportunidade e de conveniência<sup>1194</sup>. O critério reservado ao juízo de oportunidade deve estar vinculado aos motivos, “à identificação e formação dos pressupostos fáticos e jurídicos que justificam a inserção do ato no ordenamento jurídico”; enquanto o critério da conveniência, sobre o conteúdo do ato estatal<sup>1195</sup>.

Entretanto, tal análise praticamente não era realizada, vez que “implicitamente” havia a determinação para a ampla negativa à posse de arma de fogo aos cidadãos, apesar dos índices crescentes do aumento de criminalidade na sociedade brasileira. A realidade não era observada na concretização da norma!

Discricionariedade não significa arbitrariedade. Ela é um dever-poder da autoridade competente, imposta pelo Legislador, para que atuar a partir do seu juízo de valor, ao interpretar a situação concreta, para melhor atingir o interesse público, sempre vinculado ao ordenamento jurídico e a sua ideologia (juízo de mérito).<sup>1196</sup>

<sup>1193</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 106.

<sup>1194</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.113 e ss.

<sup>1195</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 100.

<sup>1196</sup> Juarez Freitas afirma, com razão, que a discricionariedade está sempre vinculada, em sua finalidade, aos princípios constitucionais, objetivos e aos direitos fundamentais. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50. Celso Antonio Bandeira de Mello defende que a discricionariedade pode ser relativizada no caso concreto em face de certas circunstâncias que limitem a fluidez do conceito ou, então, excluam algumas das expectativas geradas pelo sistema. Ver: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 16 jul. 2018; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; e STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 468. Afinal, para que a discricionariedade seja válida é necessário um nexo entre o ato administrativo e sua motivação (fato, lei e interesse público). Ou melhor, “ainda que a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra. É dizer: ante as particularidades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções para o atendimento do fim legal fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei e pode ocorrer, até mesmo que, a toda evidência, não lhe reste senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação. Em síntese: a discricção

Contudo, não existe poder estatal ilimitado. A atividade administrativa só se justifica para concretizar os direitos fundamentais – a segurança é um direito individual dos cidadãos – e o interesse público, abstraído em cada caso concreto. Por isso, a atividade administrativa e, conseqüentemente, a discricionariedade é sempre instrumental, um meio para se atingir o interesse público, os objetivos estipulados pelo ordenamento jurídico, o qual estará vinculado.<sup>1197</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>1198</sup> afirma, inclusive, que o princípio da razoabilidade/proporcionalidade e o princípio da realidade oferecem os limites da discricionariedade. O princípio da realidade oferece os limites da oportunidade: para a validade do ato discricionário, através do juízo de oportunidade, é necessário: a) os *motivos* existam e sejam suficientes para justificar o ato, através da valoração do objeto; b) a possibilidade do objeto. Este (o objeto) deve ser capaz de atingir de forma eficaz à finalidade. Ora, em uma sociedade em que os índices de criminalidade se equiparam a zonas de guerra, a arma de fogo é um importante instrumento para a obtenção da finalidade almejada: a segurança.

Já o princípio da proporcionalidade oferece limite à conveniência. Por esse princípio: a) os motivos devem ser: I) *adequados*, tanto fática quanto juridicamente, à natureza jurídica do ato; II) *compatíveis* ao objeto, “coerência entre a causa e o efeito do ato”; III) *proporcionais*, tanto quantitativa quanto qualitativamente, com o objeto que deseja introduzir no ordenamento jurídico; b) deve haver uma conformação entre o *objeto (conteúdo)* e a *finalidade legal*, sendo vedado ao objeto conduzir a resultados que “ignorem, desconsiderem ou traiam os interesses públicos a que devam atender”.<sup>1199</sup> Dessa forma, o autor continua afirmando que esse princípio impõe dois limites ao juízo de conveniência da discricionariedade através do objeto: a) conformidade do objeto. O objeto deve ser congruente com a finalidade a ser atingida: “não deve haver dúvidas ponderáveis quanto à conformidade entre o que se quer modificar no mundo jurídico e o interesse público a ser atendido com essa transformação. Os meios devem estar logicamente dispostos para atingir os fins”. Essa desconformidade identifica-se com as

---

ao nível da norma é condição necessária mas nem sempre suficiente para que subsista nas situações concretas” MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 16 jul. 2018. p. 06.

<sup>1197</sup> Ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15 e ss.

<sup>1198</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 56. O autor afirma que “os limites de oportunidade à discricionariedade são os requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica que devem estar satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo”. p. 59.

<sup>1199</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 56-73.



hipóteses de desvio de poder; b) eficiência. A discricionariedade deve atender eficientemente o interesse público.<sup>1200</sup>

Desta feita, a União nada mais fez do que vincular a Polícia Federal à concessão da posse de arma de fogo em algumas hipóteses específicas, tipificadas no novo Decreto. Ou seja, ao particular realizar o pedido à Administração Pública, em que declare a efetiva necessidade com fulcro nestas situações, o poder público não possui mais a discricionariedade para a concessão da posse de arma de fogo. Ele tem o dever de agir (!), desde de que o particular satisfaça os demais requisitos para tanto.

Nas demais hipóteses, naquelas não contempladas no art. 12, § 7º, do Decreto, a Administração resguarda-se do poder discricionário para a análise da situação concreta, subsumindo os fatos ao ordenamento jurídico, com primazia para a garantia dos direitos fundamentais e o interesse público. De outra forma, nos demais casos não previstos pelo Decreto, em relação à “efetiva necessidade”, a Administração mantém o espaço de conformação deixado pelo legislador à autoridade administrativa para, através de sua conveniência e oportunidade, no caso concreto, atuar com o objetivo de melhor atender o interesse público e concretizar os direitos fundamentais. O Decreto não vincula o administrador a um determinado quadro normativo “fechado” em virtude de haver diversas expectativas na sociedade, impossíveis de serem previstas, cujo juízo de valor daquele atuará, através da conveniência e oportunidade, na seleção e concretização dessas expectativas no ordenamento jurídico.

Além daquela exigência, a pessoa que tiver a intenção de ter arma em casa precisa obedecer ao seguinte: comprovar a existência de cofre ou local seguro para o armazenamento, em casas nas quais morem crianças, adolescentes ou pessoa com deficiência mental (art. 12, inc. VIII). Por outro lado, o novo Decreto mantém inalteradas as exigências anteriores relacionadas à obrigatoriedade de comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado (art. 12, inc. VII), cursos para manejar arma, ter ao menos 25 anos de idade (art. 12, inc. III), ter ocupação lícita e residência certa (art. 12, inc. V), não estar respondendo a inquérito policial ou processo criminal e não ter antecedentes criminais nas justiças Federal, Estado (incluindo os juizados especiais), Militar e Eleitoral (art. 12, inc. IV).<sup>1201</sup>

---

<sup>1200</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 73 e ss. Para o autor a desconformidade entre a conveniência e o princípio da proporcionalidade gera atos desarrazoáveis, o que macula o ato com vício em sua finalidade e gravemente inconveniente.

<sup>1201</sup> O art. 12, § 8º, do Decreto prevê que “O disposto no § 7º se aplica para a aquisição de até quatro armas de fogo de uso permitido e não exclui a caracterização da efetiva necessidade se presentes outros fatos e circunstâncias que a justifiquem, inclusive para a aquisição de armas de fogo de uso permitido em quantidade superior a esse

Consideramos acertada a alteração proposta pelo novo Presidente, não apenas por atender ao anseio social demonstrado no referendo como também por possibilitar a concretização do direito fundamental à segurança.

A discussão quanto ao uso da arma de fogo deve recair principalmente sobre até onde pode haver a limitação do direito de autodefesa do cidadão, quando o próprio Estado, que se arvora da exclusividade da prestação da segurança pública, a presta de forma ineficiente. Nesta hipótese – representativa da realidade brasileira –, o cidadão não pode contar com a (efetiva) proteção Estatal, vez que ineficiente, e, por outro lado, não pode comprar uma arma para sua proteção.

Observe-se que, uma das hipóteses previstas no novo Decreto sobre a matéria, em relação à Declaração de Efetiva Necessidade, é o cidadão residir em área urbana com elevados índices de violência, assim consideradas

Aqueles localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, conforme os dados do Atlas da Violência 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (art. 12, inc. IV).

No caso, o próprio Estado brasileiro reconhece a sua incapacidade na proteção dos cidadãos nessas unidades federativas e entende por bem não impedir o cidadão de ter uma arma para se proteger, em atenção ao seu direito fundamental.

Ademais, a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.<sup>1202</sup> Para o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro,<sup>1203</sup> onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, essa lei obriga a empresa a possuir um sistema de segurança, com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça (art. 1º). Recordar-se

---

limite, conforme legislação vigente.” Por outro lado, o § 9º deste artigo do Decreto prevê que “Constituem razões para o indeferimento do pedido ou para o cancelamento do registro: I - a ausência dos requisitos a que se referem os incisos I a VII do caput; e II - quando houver comprovação de que o requerente: a) prestou a declaração de efetiva necessidade com afirmações falsas;

b) mantém vínculo com grupos criminosos; e c) age como pessoa interposta de quem não preenche os requisitos a que se referem os incisos I a VII do caput.”

<sup>1202</sup> Lembre-se que a imposição legal de deveres jurídicos de autoproteção consubstancia uma privatização funcional imposta, em que os particulares atuam segundo o direito privado.

<sup>1203</sup> O § 1º do art. 1º desta lei dispõe que “Os estabelecimentos financeiros referidos neste artigo compreendem bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupança, suas agências, postos de atendimento, subagências e seções, assim como as cooperativas singulares de crédito e suas respectivas dependências.”

que a imposição legal de deveres jurídicos de autoproteção corresponde à privatização funcional imposta, de modo aos particulares agirem de acordo com o direito privado.

Conforme essa lei, em seu art. 19, inc. II, é assegurado ao vigilante o “porte de arma, quando em serviço”. A competência para autorizar a aquisição e posse de armas e munições é do Ministro da Justiça (art. 20, inc. VIII), bem como a de fiscalizar e controlar o armamento e munição utilizados (art. 20, inc. IX). E ainda: o art. 21 dessa lei dispõe que as armas destinadas ao uso dos vigilantes serão de “*propriedade e responsabilidade*” das empresas especializadas (art. 21, inc. I) e dos estabelecimentos financeiros quando dispuserem de serviço organizado de vigilância, ou mesmo quando contratarem empresas especializadas (art. 21, inc. II). Inclusive, o extravio de armas e munições pode gerar diversas penalidades às empresas especializadas e ao curso de formação de vigilantes (art. 23, parágrafo único); dentre elas a proibição temporária de funcionamento (art. 23, inc. III) e o cancelamento do registro para funcionar (art. 23, inc. IV).

No cenário europeu, há três principais diretrizes no que diz respeito ao porte de armas de defesa por pessoal de vigilância: (a) o *regime estrito de proibição*, como é o caso do Reino Unido, Dinamarca, Grécia e Croácia, onde há o impedimento, inclusive, do pessoal de vigilância para o porte de armas ou qualquer equipamento coercitivo; (b) o *regime intermediário* (tal como o Brasil), há a Alemanha, cujo uso e porte de aerossóis de defesa, armas elétricas, bastão e algemas dependem do cumprimento de determinadas condições de licenciamento e formação. Se enquadram nesse grupo, ainda, a Romênia, Hungria e Itália. Neste país, a detenção de arma de fogo em serviço é restrita ao vigilante de transporte e guarda de valores, na estrita condição de vigilância armada, dentre outros; (c) e o *regime flexível (liberal)*, em que vigora

Onde é imposto o uso e porte de arma de fogo ao vigilante de transporte e de guarda de valores quando a viatura utilizada seja blindada, e onde é permitido, sob condição de licença emitida pelo prefeito de polícia, o porte e uso de aerossóis de defesa e bastão aos trabalhadores dum serviço de autoproteção (serviços internos de segurança privada em imóveis), e o uso e porte de arma de fogo ao pessoal de vigilância de empresas de segurança privada. Há ainda a Bulgária, Letônia e Lituânia, além da República Tcheca.<sup>1204</sup>

<sup>1204</sup> Ver: AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

Já em Portugal, o Decreto-Lei nº 276, de 10 de agosto de 1993,<sup>1205</sup> impôs medidas de autoproteção às entidades bancárias e parabancárias. Da mesma forma que a legislação brasileira, o art. 5º desse diploma legal obriga essas entidades a adotarem sistema de segurança privada.<sup>1206</sup> Conforme o nº 1 do art. 5º

As entidades que exerçam uma actividade bancária ou parabancária ficam obrigadas a adoptar um sistema de segurança privada que inclua meios electrónicos de vigilância das instalações e edifícios onde a actividade é exercida.<sup>1207</sup>

<sup>1205</sup> No preâmbulo deste Decreto-Lei, reconhece-se a importância do princípio da subsidiariedade e da complementariedade da segurança privada em relação à segurança pública. Vejamos:

“As actividades ligadas à segurança privada têm-se expandido e vêm assumindo, em Portugal, um papel comprovadamente crescente.

Sendo irreversível este desenvolvimento, convirá promover um melhor e mais adequado enquadramento das suas condições de actuação.

O caminho a seguir deve ser, com exigência mais forte e mais clara, o da dignificação e moralização do sector, de modo a aumentar a responsabilidade das empresas prestadoras deste tipo de serviços e do pessoal a eles afecto.

Nas lacunas e nas insuficiências da legislação vigente, evidenciadas pela experiência colhida na sua aplicação, se encontrou a base de novas soluções, que se não afastam, aliás, da orientação de todas as demais disciplinas legais europeias que sobre a mesma realidade se ocupam.

A iniciativa é ela própria coincidente, internamente, com o momento de reestruturação das forças de segurança pública e, do ponto de vista externo, com as alterações recentemente realizadas em grande parte dos países comunitários.

Continuando embora a reconhecer-se a sua subsidiariedade face à actividade das forças e serviços integrados no sistema de segurança pública, não parece legítimo recusar-se a complementariedade necessária que a segurança privada desempenha nas sociedades modernas em relação à consecução do objectivo de melhorar a segurança dos cidadãos.”

Quanto à isto, João José Rodrigues Afonso comenta que “Embalado pelas tendências privatistas de funções e tarefas públicas, seguindo a lógica do carácter subsidiário e complementar da atividade de segurança privada relativamente à atividade das forças de segurança pública, e juntando uma dose de exploração económica da indústria de segurança privada, o Estado legiferante lançou mão cerrada àquela medida legislativa, aproveitando-a de forma tão ampla quanto possível. A imposição legal de medidas de segurança a entidades públicas e privadas floresceu com os regimes subsequentes.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 217.

<sup>1206</sup> O art. 1º, nº 2 desse Decreto-Lei, considera atividade de segurança privada aquela que tem por objeto a prestação ou o exercício dos seguintes serviços: a) Elaboração de estudos de segurança; b) Fabrico e comercialização de material e equipamentos de segurança, bem como elaboração dos respectivos regulamentos técnicos; c) Instalação e manutenção de material e equipamentos de segurança; d) Instalação e gestão de centrais de alarme; e) Protecção de bens móveis e imóveis; f) Vigilância e controlo do acesso, permanência e circulação de pessoas em instalações, edifícios ou recintos fechados, vedados ou de acesso condicionado, nos termos da lei, ao público em geral; g) Transporte, guarda e tratamento de fundos e valores; h) Formação de pessoal de vigilância.”

<sup>1207</sup> O artigo 4.º deste Decreto-Lei disciplina sobre a relação da segurança privada com o sistema de segurança pública. Conforme o nº 1 deste artigo, “A actividade de segurança privada tem carácter subsidiário e complementar relativamente à actividade das forças e serviços integrados no sistema de segurança pública e de protecção civil do Estado.”. Além disto, o nº 2 do art. 4 prevê que “As actividades das organizações de segurança privada não podem ser exercidas no âmbito das funções próprias e exclusivas das forças e serviços integrados no sistema de segurança pública.” Já o nº 3 do art. 4º, “As organizações de segurança privada e o respectivo pessoal estão obrigados ao dever de colaboração com as forças que integram o sistema de segurança pública, nos termos do artigo 17.º”

Já o nº 2 deste artigo possibilita às entidades, alternativamente, a recorrer aos serviços de empresas de segurança privada e/ou organizar um serviço de autoproteção.<sup>1208</sup>

Em relação ao uso e porte de armas, o art. 12 desse Decreto-Lei dispõe que “O pessoal de segurança está sujeito ao regime geral no que respeita ao uso e porte de arma de defesa.” (nº 1). E que “Em serviço, o porte de arma de defesa só é admitido se autorizado por escrito pela entidade patronal (empresa privada de segurança ou, no caso de serviços de autoproteção, a entidade titular do serviço interno de segurança).” (nº 2).

Ademais, a Lei nº 38, de 8 de agosto de 2008<sup>1209</sup> estabelece, em seu art. 14.º, nº 1, que o pessoal de vigilância está sujeito ao regime geral de uso e porte de arma, podendo recorrer, designadamente, a aerossóis e armas eléctricas, meios de defesa não letais da classe E, nos termos da Lei nº 5/2006, de 23 de Fevereiro. Ou seja, apesar de o art. 12º do Decreto-Lei nº 276/93 prever a sujeição ao regime geral, o art. 14º da Lei nº 38/08 limita os instrumentos possíveis de utilização no exercício dessa atividade, especificamente aerossóis de defesa e armas eléctricas, meios de defesa não letais da classe. Esta normativa foi mantida pelo Regime de Exercício de Atividade de Segurança Privada (REASP).<sup>1210</sup>

João José Rodrigues Afonso,<sup>1211</sup> ao discorrer sobre o processo legiferante do regime jurídico ora analisado, afirma que o Conselho de Segurança Privada, ao discutir o porte e o uso de arma de fogo por parte do pessoal de vigilância, defendeu-se da seguinte forma:

Quanto às armas [de fogo] devem ser atributos das forças de segurança e das Forças Armadas e não devem ser atribuídas às empresas de segurança. O que se verifica nos

<sup>1208</sup> De forma similar, o Decreto-Lei nº 101, de 16 de junho de 2008 estabelece o “*regime jurídico dos sistemas de segurança privada dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas*”. O artigo 1.º irá disciplinar sobre o sistema de segurança privada, da seguinte forma:

“1 - Os estabelecimentos de restauração ou de bebidas previstos no artigo 2.º do Decreto-Lei nº 234/2007, de 19 de Junho, que disponham de espaços ou salas destinados a dança ou onde habitualmente se dance são obrigados a adoptar um sistema de segurança privada que inclua, no mínimo, os seguintes meios:

a) Estabelecimentos com lotação até 100 lugares - ligação à central pública de alarmes nos termos da lei;  
b) Estabelecimentos com lotação entre 101 e 1000 lugares - um vigilante no controlo de acesso e sistema de controlo de entradas e saídas por vídeo;  
c) Estabelecimentos com lotação igual ou superior a 1001 lugares - um vigilante no controlo de acesso, a que acresce um vigilante por cada 250 lugares no controlo de permanência e sistema de controlo de permanência, entradas e saídas por vídeo.

2 - São abrangidos pelo disposto no número anterior todos os estabelecimentos de restauração e bebidas que disponham de espaços ou salas destinadas a dança ou onde habitualmente se dance, independentemente da designação que adoptem.”

<sup>1209</sup> Esta lei procede à segunda alteração ao Decreto-Lei nº 35/2004, de 21 de Fevereiro, que altera o regime jurídico do exercício da atividade de segurança privada.

<sup>1210</sup> A regulamentação e clarificação das condições do porte de arma de defesa, prevista pelo art. 32.º da Lei nº 34, de 16 de maio de 2013, foi realizada pela Portaria nº 273, de 20 de agosto de 2013, alterada pela Portaria nº 106/2015, de 13 de abril.

<sup>1211</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 233.

ataques é que por regra os assaltantes sabem que o vigilante de transporte de valores não está armado. Armar os vigilantes será um fator para tornar o assalto mais violento.

*Data máxima vênia*, a teoria da escolha racional (ou teoria da ação racional) nos ensina que as pessoas agem por impulsos, positivos ou negativos, em uma avaliação dos seus custos e benefícios, com o objetivo de obter a maximização da utilidade. O indivíduo escolhe a ação (ou resultado) que fornece o benefício máximo menos o custo, após identificar as alternativas disponíveis. Partindo desse pressuposto, entendemos que a proibição da arma de fogo para entidades privadas de segurança, principalmente em atividades que envolvem somas financeiras maiores, acaba por “incentivar” a prática de crimes, vez que se retira uma barreira que sugeriria um custo na atuação do indivíduo. Assim, o benefício do indivíduo aumenta na proporção que o cometimento do crime é facilitado. Por outro lado, a permissão do uso da arma de fogo por essas entidades configura uma nova barreira à prática da ilicitude, de modo a elevar o custo da atividade e, por conseguinte, elevar o benefício do retorno. Com isso, provavelmente, reduzir-se-ia a criminalidade nesse aspecto.

Sob outra perspectiva, João José Rodrigues Afonso apresenta duas razões essenciais contrárias à liberação da arma de fogo.<sup>1212</sup> Em primeiro lugar, o autor entende que deve configurar uma excepcionalidade o licenciamento para o uso e porte de arma de defesa (seja de fogo ou de letalidade reduzida). Isso porque “A atribuição de uma licença de uso e porte de arma não pode ser reduzida a uma consequência natural do direito à autodefesa individual.” O autor vê como atentatório ao bem público cidadãos portarem armas, em tempo de paz, em ambiente aberto ao público. E, se esta deve ser a medida para os cidadãos de forma geral, não se deve banaliza-la em relação às entidades de vigilância, “sob pena de poder ser visto como um (mero) instrumento de defesa azado para ser usado no exercício da sua atividade.”<sup>1213</sup> E, em segundo lugar, a utilização efetiva da arma de fogo só deve ser admissível como último meio

<sup>1212</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 234.

<sup>1213</sup> Essa lógica foi aplicada também à atividade do guarda-noturno. O Decreto-Lei nº 114, de 1º de julho de 2008 alterou a regulamentação anterior ao guarda-noturno, referente à este quesito, submetendo-os ao regime geral de uso e porte de arma, restringindo-lhes o equipamento a meios de defesa não letais, designadamente, aerossóis de defesa e armas elétricas, com a condição da arma utilizada ser comunicada à força de segurança territorialmente competente.

de defesa, incluindo a garantia dessa defesa por agentes da autoridade do Estado<sup>1214</sup> (heterodefesa).<sup>1215</sup>

A lei nº 5, de 25 de fevereiro de 2006 estabelece o Regime Jurídico de Armas e Munições (RJAM). O artigo 42.º desse diploma legal dispõe sobre o uso de armas de fogo, da seguinte forma:

Artigo 42.º

Uso de armas de fogo

1 - Considera-se uso excepcional de arma de fogo a sua utilização efectiva nas seguintes circunstâncias:

- a) Como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão actual e ilícita dirigida contra o próprio ou terceiros, quando exista perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo o disparo ser precedido de advertência verbal ou de disparo de advertência e em caso algum podendo visar zona letal do corpo humano;
- b) Como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão actual e ilícita dirigida contra o património do próprio ou de terceiro e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo os disparos ser exclusivamente de advertência.

2 - Considera-se uso não excepcional de arma de fogo:

- a) O exercício da prática desportiva ou de actos venatórios, actos de gestão cinegética e outras actividades de carácter venatório, nomeadamente o treino de tiro em zonas caça nas áreas específicas para o efeito, em provas desportivas e em práticas recreativas em propriedades rústicas privadas com condições de segurança para o efeito;
- b) Como meio de alarme ou pedido de socorro, numa situação de emergência, quando outros meios não possam ser utilizados com a mesma finalidade;
- c) Como meio de repelir uma agressão iminente ou em execução, perpetrada por animal susceptível de fazer perigar a vida ou a integridade física do próprio ou de terceiros, quando essa defesa não possa ser garantida por outra forma.

No caso, o legislador optou por não proibir totalmente o direito à legítima defesa individual através da arma de fogo. Entretanto, reduziu-o às hipóteses de perigo iminente de

<sup>1214</sup> Para o autor, “Esta fórmula traduz, com justeza, a diferença que se entrepõe entre a utilização legítima de uma arma de fogo por parte de um cidadão ou pessoal de vigilância e o recurso a idêntica arma, em circunstâncias legítimas, por parte de um agente de autoridade pública. O primeiro caso representa o recurso a um meio privado de (auto)defesa, isto é, um legítimo recurso à força privada, com utilização efetiva de uma arma de propriedade privada. O segundo caso conforma o recurso a um meio coercitivo público, um legítimo recurso à força pública, com utilização efetiva de uma arma de propriedade do Estado, legítimo detentor do monopólio dos meios de coerção<sup>774</sup>. A autodefesa — de que podem lançar mão os particulares nos casos excepcionais de legítima resistência, funcionando como “válvula de escape” do sistema democrático perante a impossibilidade de recurso em tempo útil à força pública, com legitimação constitucional assente no artigo 21.º — distingue-se da heterodefesa realizada pelo Estado.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 234.

<sup>1215</sup> Os meios legítimos para a segurança pública são os meios coercitivos distribuídos pelo Estado, sejam armas com potencialidade letal, sejam armas de letalidade reduzida. O Ministério da Administração Interna, através do Despacho nº 18, de 16 de junho de 2000, afirmou que “Os funcionários, militares e agentes das forças e serviços de segurança a quem seja, nos termos da lei, permitido o uso de armas de fogo, quando em exercício das suas funções, só poderão usar arma que lhe tiver sido distribuída pelo Estado, sendo-lhes proibido o uso, em serviço, de armas e munições distintas daquelas.

morte ou ofensa grave à integridade física, e apenas quando o Estado não puder realizar essa defesa. Além disso, determinou que, antes do disparo da arma de fogo, faz-se imprescindível a advertência verbal ou um disparo de advertência, sem visar a zona letal do corpo humano. A outra possibilidade seria como último meio de defesa, própria ou de terceiro, devendo ocorrer exclusivamente o disparo de advertência, e o Estado não puder realizar a segurança naquele momento.

Para João José Rodrigues Afonso,<sup>1216</sup> o legislador encontrou uma solução equilibrada. Com essa limitação, por um lado, evita os efeitos negativos que a liberação poderia ocasionar. E, por outro lado, não permite “uma nefasta instrumentalização dos poderes privados para a prossecução do interesse público.” O autor português complementa afirmando que a autotutela de direitos privados é ocasional, excepcional e subsidiário, de modo que não podem transmutar-se em “meios jurídicos de uso regular na atividade de segurança privada, ainda que vise a concretização de interesses públicos.”<sup>1217</sup>

Não obstante entendermos e acharmos ponderado a solução prevista pelo ordenamento jurídico português, faz-se necessário diferenciar esta realidade com a brasileira. De certa forma, na sociedade brasileira, a criminalidade atingiu níveis inimagináveis para uma sociedade que pretende ser desenvolvida; chegando a possuir números acima de zonas de guerra. Tal como abordado acima sobre a teoria da escolha racional, os seres humanos reagem a incentivos e, de certa forma, a possibilidade de reação do cidadão, através da arma de fogo, pode consistir em uma barreira a impedir – ou, ao menos, dificultar – a prática de crimes.

Além disto, em um país de dimensões continentais e parca fiscalização quanto à entrada e controle de armas no Brasil, a facilidade na obtenção de armas de fogo é patente. Ou seja, a proibição acaba por prejudicar apenas aquele seguidor da legislação. O sujeito que pretende cometer crimes, por óbvio, não obedecerá a legislação proibitiva. Assim, a limitação na realidade brasileira acaba por ser um enorme prejuízo aos cidadãos no exercício da sua legítima defesa. Por outro lado, a liberação total pode gerar um caos desinteressante para a vida democrática. Dessa forma, a regulação do uso, principalmente em relação aos requisitos

---

<sup>1216</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 236.

<sup>1217</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 236.



para sua obtenção e manutenção, é fundamental para atingir a finalidade pretendida, sem banalizar o instrumento.

Contudo, esta deve ser uma escolha democrática realizada pelos representantes do povo e/ou através da votação destes diretamente. A problemática e insatisfação social no Brasil decorreu do distanciamento do legislador à vontade democraticamente manifestada pelos cidadãos no referendo popular.

#### 6.3.4 A privatização da função pública da polícia administrativa

Inicialmente, entendemos que a Constituição Federal brasileira de 1988 não faz uma previsão expressa das atividades indelegáveis,<sup>1218</sup> ou seja, não há positivado uma reserva do exercício da função pública pelo Estado.<sup>1219</sup> Para José António Vilhena Pereira da Costa,<sup>1220</sup> a conjugação dos artigos 18º, nº 2,<sup>1221</sup> e o art. 272<sup>1222</sup> da Constituição da República Portuguesa de 1976, teria estabelecido uma reserva estatal de funções policiais restritivas dos direitos individuais dos cidadãos.

Defendemos no item anterior que a utilização do uso da força é uma atividade monopolística do Estado, embora haja situações específicas em que seja possível a utilização daquela pelos particulares, em atuação subsidiária ao Estado e extremamente limitada. De outro modo, as tarefas, cujo exercício da coercibilidade se faz presente, são monopólio do

---

<sup>1218</sup> A previsão positivada no ordenamento jurídico brasileiro estaria previsto na Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Esta norma dispõe em seu art. 4º, inc. III, que deve ser observada como diretriz da contratação de parceria público-privada a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.”

<sup>1219</sup> No mesmo sentido, em relação à Constituição da República Portuguesa, GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 985.

<sup>1220</sup> COSTA, José António Vilhena Pereira da. A Privatização dos Serviços de Polícia Administrativa. In: MIRANDA, Jorge. (Reg.). **Estudos de Direito de Polícia**: Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. (Vol. 2). p. 346.

<sup>1221</sup> “Art. 18º, nº 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

<sup>1222</sup> “Artigo 272.º Polícia

1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.
2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.
3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.
4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.”

Estado, de modo a integrar o núcleo duro da função estatal e ser obrigatório o seu exercício direto pelo ente político, salvo situações específicas.<sup>1223</sup>

João José Rodrigues Afonso afirma que o exercício de funções e poderes de autoridade não podem ser confiadas a pessoas jurídicas de direito privado.<sup>1224</sup> Paulo Otero,<sup>1225</sup> por sua vez, defende que

O objeto social de uma entidade organizada sob forma jurídico-privada que constitua uma atividade que envolve o exercício normal de poderes de autoridade ou de uma atividade típica e nuclear da função administrativa deve considerar-se contrário à ordem pública.

Pedro Gonçalves entende no mesmo sentido de Paulo Otero, complementando que esta hipótese configuraria um abuso sem qualquer justificação, além de que teria como consequência a sujeição de “toda a atuação da entidade privada a um regime administrativo”<sup>1226</sup>

Não obstante isto, a segurança pública é mais abrangente do que essas tarefas, de forma que as demais atividades possuem uma abertura maior ao ingresso dos particulares ao seu exercício e/ou mesmo a delegação do Estado aos particulares para a sua realização. João José Rodrigues Afonso<sup>1227</sup> defende que “há um espaço generoso no quadro da função pública de segurança que admite — e, por vezes, impõe-se — a participação da sociedade civil.” Conforme já afirmamos em capítulos anteriores, o princípio da participação da sociedade civil no âmbito das tarefas públicas faz imprescindível para a gestão democrática e republicana. E com a segurança pública não é diferente! João José R. Afonso complementa afirmado que

Mesmo no âmbito das tarefas públicas necessárias e irrenunciáveis, em que o Estado arroga obrigatoriamente uma responsabilidade de execução, afigura-se possível a adoção de certas formas de privatização na execução técnica de tarefas ou na sua preparação ou implementação.

<sup>1223</sup> Ver AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 199.

<sup>1224</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

<sup>1225</sup> OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 240.

<sup>1226</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 406-407.

<sup>1227</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 200.

De outro modo, atenta-se que a privatização não recai necessariamente sobre os poderes públicos. Assim, ao discutirmos o âmbito da privatização da segurança pública não estamos a falar especificamente dos poderes de autoridade ou do exercício do uso da força, embora entendamos que excepcionalmente a entidade privada poderá utilizar-se da força.

Por isso, faz-se imprescindível a delimitação das tarefas e os espaços de atuação, vez que a privatização da segurança pública (sentido amplo) envolve riscos especiais ao Estado e à sociedade, por se tratar de atividade que recai essencialmente sobre a liberdade, vida e propriedade dos cidadãos (esfera jurídica dos direitos fundamentais destes). Ou seja, essa atividade apresenta, necessariamente, uma tensão, em maior ou menor escala, na sociedade, especificamente por recair sobre os direitos fundamentais.

João José Rodrigues Afonso<sup>1228</sup> defende que impossibilidade de privatização de função de polícia no “plano geral e abstrato”. A privatização deve ocorrer sobre atividades pontuais e específicas, geralmente no quadro da mera execução técnica de tarefas públicas; sendo vedada a privatização, seja funcional ou orgânica, de tarefas que tenham em seu núcleo o atributo direto da coercibilidade. É o caso, por exemplo, da contratação de entidade privada para a gestão e monitorização de uma central pública de vigilância e alarmes, o que caracterizaria uma privatização orgânica (formal). Neste caso, a função da pessoa privada é meramente técnica e executória, sem a atribuição de tomar decisões com implicações sobre a esfera jurídica de terceiros.

Haveria a possibilidade da privatização funcional quando a Administração contratar particulares para realizar vigilância de espaços públicos ou abertos ao público. Apesar de, inicialmente, a entidade privada não ter a competência para atuar de forma coercitiva sobre terceiros, vez que sua função deve recair no aspecto de vigiar e na atuação preventiva, em determinadas situações é juridicamente aceitável a atuação da força para evitar males maiores, no exercício do flagrante delito e legítima defesa próprio ou de terceiros.<sup>1229</sup> Mas isto apenas deve ocorrer quando não houver tempo hábil de convocar os agentes públicos da segurança.

Quanto às tarefas pontuais e específicas, cabe salientar que, embora entendamos pela sua possibilidade, nada impede que norma Constitucional ou legal, a qualquer momento, vede a sua realização. Todavia, enquanto não houver essa vedação, estabelecendo uma reserva

---

<sup>1228</sup> AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 199.

<sup>1229</sup> O Código Penal prevê a legítima defesa como excludente de ilicitude (art. 23, inc. II), definindo-a como “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (art. 25).

pública em sua atividade, cabe à administração pública, em juízo discricionário, a implementação da medida que considere mais adequada ao caso concreto.

### 6.3.5 A privatização da função pública da polícia judiciária

A polícia judiciária tem por objetivo auxiliar o poder judiciário na realização da justiça penal. Assim, a investigação penal tem papel primordial na pretensão punitiva estatal, de modo que deve ser realizada de forma responsável, cautelosa e ciente da sua importância na preservação dos direitos e garantias fundamentais, vez a possibilidade da privação da liberdade pessoal.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013<sup>1230</sup> dispõe que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais são de natureza jurídica, essencial e exclusiva do Estado (art. 2º). Inicialmente essa função compete ao delegado de polícia, conforme previsão expressa do artigo 144, § 4º,<sup>1231</sup> da Constituição, além do caput do art. 2º, bem como seu § 1º, o qual dispõe que

Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Nesse sentido, compete ao delegado de polícia a função de polícia judiciária, em específico a condução da investigação criminal. Ele é a autoridade responsável por essa fase investigativa, conduzindo-a de forma discricionária – observado os limites legais, principalmente as garantias fundamentais – e com o objetivo de alcançar a verdade material, com a revelação da autoria e materialidade, de modo a determinar os rumos da investigação, de acordo com o seu convencimento técnico-jurídico e impessoalidade.

Não obstante a competência dos delegados, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em plenário (julgamento do RE 593727)<sup>1232</sup>, que cabe também ao Ministério Público a realização direta da investigação criminal.<sup>1233</sup> O Supremo fixou a seguinte tese:

<sup>1230</sup> Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

<sup>1231</sup> “Art. 144 (...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

<sup>1232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593727/MG. Relator original: Min. Cezar Peluso. Relator para redação do acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 14 maio 2015.

<sup>1233</sup> Parcela da doutrina critica o entendimento do Supremo, por entender que a investigação é exclusiva da polícia judiciária. Ver: HOFFMANN, Henrique. Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária.

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição.

Segundo o STF, a apuração ministerial, deve respeitar “os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado”, bem como só pode ocorrer em “hipóteses excepcionais e taxativas”, ou seja, “são, necessariamente, subsidiárias, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia”. Assim, podemos dizer que os limites estipulados pelo STF à investigação direta pelo *parquet* são os seguintes: a excepcionalidade e subsidiariedade da apuração do Ministério Público; a prevalência da requisição da instauração de inquérito sobre a deflagração de investigação criminal; a impossibilidade de *bis in idem*; a condução da investigação sob sua direção e até sua conclusão; respeito aos princípios e regras que norteiam o inquérito policial; o respeito ao marco legal da investigação criminal no Brasil.

No julgamento do Recurso Extraordinário supracitado, o Ministro Celso de Mello fixou as bases para a atuação “*subsidiária e excepcional*”. Conforme o Ministro,

sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do “Parquet”, em situações específicas (quando se registrem, por exemplo, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violência arbitrária ou corrupção), ou, então, nos casos em que se verifique uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configure o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em razão da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais).

Desta feita, o atributo da subsidiariedade implica na hipótese de “falha” da atuação policial. Aqui, o Ministério Público apenas tem a competência de investigação quando ocorrer uma omissão intencional da polícia no exercício da sua função pública da polícia judiciária ou no deliberado intuito de frustrar a apuração criminal, em virtude da condição e qualidade da vítima e/ou suspeito. Por outro lado, instaurada a investigação pela Polícia Judiciária, fica

obstada a investigação pelo *parquet*, que passaria a atuar no controle externo da atividade policial, podendo requisitar diligências, analisar a legalidade da investigação etc, mas não presidi-la ou instaurar outra. Ou seja, a investigação policial prevalece sobre a investigação pelo Ministério Público.

A excepcionalidade, por sua vez, corresponde à hipótese de categoria restrita de infração penal, ou seja, à ideia de que, para que haja a investigação pelo *parquet*, é imprescindível a (possibilidade) de lesão ao patrimônio público ou excessos cometidos pelos próprios agentes ou organismos policiais, como tortura, corrupção etc.

A prevalência da requisição da instauração de inquérito sobre a deflagração de investigação ministerial é uma decorrência lógica da subsidiariedade e excepcionalidade. Isso porque, antes da realização da investigação criminal pelo MP, este deve sempre encaminhar as informações ao órgão policial com a requisição para a instauração do inquérito. Apenas com a falha na atuação policial ou recaindo sobre as categorias restritivas de infração penal – ambas devidamente fundamentadas – é que o MP pode abrir o procedimento investigatório criminal, e não o inquérito policial.

O princípio do *ne bis in idem* impede a “realização de qualquer segunda (re)ação punitiva pelos mesmos fatos e fundamentos”<sup>1234</sup>, seja investigação, processamento e/ou aplicação da pena. Saboya afirma que uma das funções desse princípio está encartada pela expressão *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser submetido a mais de um processo ou mais de uma investigação pelo mesmo delito),<sup>1235</sup> além da limitação oposta pela máxima *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser castigado duas vezes pelo mesmo delito). Keity de Saboya elenca como pressupostos de aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* o *eadem persona* (mesmas partes – identidade de sujeito), o *eadem res* (mesmo

<sup>1234</sup> SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Dimensões do princípio do ne bis in idem**. 2012. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. A autora afirma ainda que “deve-se compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto de persecuções permanentes, como se a espada de Dâmocles estivesse sempre pendente sobre si. É que, considerando-se que a proteção da esfera de liberdade do cidadão constitui um elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, o *ne bis in idem* poderia ser cumprido quando baseado na ideia de limitação do poder estatal.

(...)

Isso porque, para cada ato delituoso não pode ser dada mais do que uma resposta. Do contrário, o homem seria submetido a uma situação jurídica indefinida, indigna com a condição humana assemelhando-se a ‘máquina de persecução’ e um ‘epulão insaciável, movida pela fobia de deixar impune o hipotético réu’. E, nos tempos presentes, sob o signo dos valores edificantes dos Estado Democrático de Direito, tal desiderato já não se coaduna com a necessária tutela jurídica da liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius persequendi* estatal” (grifo nosso).

<sup>1235</sup> Ver também: MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **B. Cient**, Brasília, a. 4, n.16, jul./set. 2005. p. 70. Este também é o entendimento do tribunais superiores. Súmula 524 do STF; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 86606. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Publicação em: 22 maio 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 10763. Relator: Min. Gilson Dipp. Publicação em: 07 jun. 2001.

pedido - bis) e a *eadem causa petendi* (mesma causa de pedir – identidade de fatos e fundamento – idem). Em suma, não é admissível a dupla investigação sobre o mesmo investigado, sobre o mesmo fato. E, conforme explanado no requisito da subsidiariedade, a investigação proposta pela Polícia Judiciária prevalece sobre a do Ministério Público.

Ademais, o Supremo afirmou que “todas as regras que estão estabelecidas para o inquérito policial devem ser observadas para os processos administrativos que impliquem, no futuro, investigações de natureza penal ou ação penal propriamente dita”. Assim, na investigação conduzida pelo Ministério Público, os direitos e garantias fundamentais devem ser observados em sua inteireza., sendo, pois, o primeiro filtro contra acusações sem fundamento.<sup>1236</sup>

Entrementes, apesar exclusividade na condução da investigação criminal, com ressalvas à observação realizada acima em relação ao Ministério Público, vemos a abertura à atuação privada em dois momentos: na atividade técnica (material) necessária ao deslinde da investigação penal e na investigação privada, subsidiária à pública.

Na investigação penal, há atividades em que o exercício da força,<sup>1237</sup> exclusivo do Estado, é premente e indelegável, tais como a apreensão de bens (art. 6º, inc. II, do Código de Processo Penal)<sup>1238</sup> pela autoridade policial.<sup>1239</sup> Outras, necessitam de prévia determinação

<sup>1236</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 17. O autor afirma ainda que “A instrução preliminar é uma ‘instituição indispensável à justiça penal’. Seu primeiro benefício é ‘proteger o inculpaado’. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento.” ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 11. O regime jurídico a ser observado na condução da investigação está previsto, principalmente, na Constituição Federal de 1988, Código de Processo Penal, na Lei nº 12.830/2013, Estatuto da OAB, Súmula Vinculante nº 11 e 14, dentre outras.

<sup>1237</sup> Jorge Miranda defende que há conexão indissociável entre a justiça e a coercibilidade: “Ao Estado cabe a administração da justiça entre as pessoas e os grupos e, por isso, tem de lhe caber também o monopólio da força física”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. (Tomo I). p. 48. 657 Cfr. artigos 24.º, 25.º e 26.º da CRP.

<sup>1238</sup> “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

(...)”

<sup>1239</sup> Conforme Pedro Gonçalves, ““Nos casos referidos – contratação de colaboradores que prestam serviços técnicos, de consultoria e de assistência que contribuem para a realização da instrução de um procedimento da própria Administração -, o poder de contratação é inerente ao poder de direção da instrução: trata-se, por conseguinte, de um poder próprio da Administração. A situação assume já contornos distintos se em causa estiver uma transferência de faculdade de direção da instrução do procedimento: há, então, uma privatização orgânica “da” instrução do procedimento e, por conseguinte, uma delegação de funções públicas (que não dispensa a autorização legal).

Por um lado, poderá haver ainda uma privatização orgânica “na” instrução do procedimento quando a lei realize ou permita que se realize uma ‘desconcentração do procedimento’ (por ex.: através de uma ‘deslocação ou segmentação do poder decisório’, atribuindo a uma entidade privada a competência para emitir uma pronúncia com força vinculativa sobre a decisão do procedimento (desde que essa pronúncia se apresente como um ‘acto procedimental’ e corresponda a uma diligência instrutória de desconcentração do trabalho procedimental e não a

judicial, em virtude da cláusula de reserva de jurisdição, *verbi gratia*, a busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI, da CF/88) e a interceptação telefônica (art. 5º, inc. XII, da CF/88).<sup>1240</sup>

Para João José Rodrigues Afonso

No domínio da investigação criminal (a que se associa, inevitavelmente, o domínio da inteligência), impõe-se que a titularidade da tarefa (privativa do Estado) e a sua prossecução se mantenham nas mãos de entidades exclusivamente dedicadas ao interesse público. Ademais, a realização de inúmeras operações materiais na área da investigação criminal convocam o emprego da coação direta sobre pessoas ou coisas — *vis adjuvat aequum* — (v. g., revistas, buscas) e, por vezes, a violação (legítima) dos mais altos e consagrados Direitos Naturais do Homem (v. g., o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada), cujos fundamentos encontram os seus alicerces no princípio do Estado de direito democrático, na legitimação popular, no princípio da justiça penal e, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

Apesar disto, há inúmeras atividades materiais, normalmente de natureza técnica, que, *a priori*, é cabível a discussão quanto à possibilidade de outorga a entidades privadas. Seria o caso, por exemplo, da contratação ou elaboração de um convênio com entidade privada para a realização de exames forenses, tais como exame de DNA, balística, de informática, os quais são imprescindíveis para os crimes como pornografia infantil, sonegação fiscal, corrupção, tráfico de pessoas, dentre outros. No Brasil, a realização desses exames ou são extremamente precários ou inexistentes, principalmente quando olhamos sob o enfoque da polícia judiciária estadual, quem tem a grande parte da competência para a investigação criminal.<sup>1241</sup>

---

uma mera intervenção de cariz participativo, de defesa ou de representação de interesses particulares” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 366.

<sup>1240</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

(...).”

<sup>1241</sup> Nesse mesmo sentido João José Rodrigues Afonso: “Os obstáculos que se colocam num processo de privatização de funções de polícia judiciária não afastam, contudo, todas as modalidades. Certas formas de privatização no âmbito de certas tarefas administrativas são admissíveis. Por exemplo, é possível recorrer ao potencial endógeno da sociedade civil no âmbito da privatização orgânica de laboratórios forenses. Atrevemo-nos mesmo a dizer que não é de todo impensável atribuir a entidades privadas a investigação de alguns crimes de natureza particular, na medida em que a atividade de investigação destes ilícitos não percorra o trilho dos mais protegidos direitos fundamentais.” AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 204.



A possibilidade de realizar contratos e/ou convênios com pessoas jurídicas para a realização desses exames teria como pano de fundo a necessidade de evolução permanente nessas áreas, o custo mais barato ao poder público, relacionado à perda da capacidade de investimento do Estado, na realidade atual. Exames deste nível exige não apenas profissionais extremamente capacitados como equipamentos condizentes com a importância da função. Se há déficit de pessoal e estrangulamento financeiro do Estado, a delegação às entidades privadas seria uma forma de redução de custo, vez a desnecessidade imediata de compra de equipamentos e realização de obras, além da não contratação e capacitação de servidores.

O questionamento é em que medida essa delegação pode ser implementada dentro da investigação penal. Pedro António Pimenta da Costa<sup>1242</sup> vê essa possibilidade com grande cuidado. Para o autor português, na medida em que esses exames e pareceres preparam e, por conseguinte, tem o condão de auxiliar e influenciar as decisões públicas, haveria um risco para o Estado de Direito e para a democracia administrativa, já que as decisões não teriam origem em um “mandato democrático” para decidir e as autoridades poderiam ver-se na “obrigação” de decidir conforme o resultado do trabalho privado, em uma espécie de situação de “vinculação de facto”. Ele<sup>1243</sup> ainda complementa:

O facto de se tratar de uma intervenção na fase de preparação de uma decisão, não na tomada da decisão, não diminui as exigências de controlo democrático. Para prevenir os perigos e os riscos associados às formas de privatização funcional a que nos estamos a referir, a doutrina propõe a substituição da delegação de facto por uma delegação de direito, ou seja, uma delegação autorizada por lei.

Pedro Gonçalves defende o enquadramento do fenómeno da contratação de auxiliares por um regime jurídico administrativo. A imposição desse regime jurídico poderia ocorrer tanto por determinação da lei quanto do contrato; apesar de acreditar ser o contrato a melhor forma de colocar a Administração “*em posição de efectuar uma recepção (não crítica, mas) orientada ou controlada dos resultados que lhes são apresentados.*”<sup>1244</sup>

De forma parecida, entendemos que exigir a autorização legal para essas situações acaba por inviabilizar a gestão pública, deixando-a engessada. O Chefe do Executivo tem a discricionariedade (liberdade) na forma de administrar a máquina pública. Caso não haja a exigência legal de contratação de determinada forma e/ou proibição de contratação de

<sup>1242</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364 e ss.

<sup>1243</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364

<sup>1244</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 365.

determinados servidores, em razão da reserva constitucional do concurso público para determinadas atividades, entendo que esta é uma discricionariedade da Administração pública possibilitada pelo art. 37, inc. XXI, da CF/88.<sup>1245</sup> Não ausência de previsão legal e/ou norma proibitiva, a contratação resulta legal.<sup>1246</sup>

Não se pode deixar de afirmar que a contratação de particulares para o auxílio/colaboração à investigação penal tem o condão de investi-lo da função pública, para fins penal e de improbidade administrativa. De certa forma, apesar da atuação sob, em regra, o regime privado, há uma derrogação deste para a incidência do regime público e sob a vinculação jurídica da autoridade decisora, seja a Polícia Judiciária ou o Ministério Público.

Faz-se imperioso ressaltar que o Decreto-Lei nº 282, de 5 de setembro de 1986, previu, em seu preâmbulo, “*a proibição de existência de agentes privados de investigação, incompatíveis com a tradição cultural portuguesa*”. Posteriormente, acerca da delegação a particulares, afirma que “eles seriam portadores de claros riscos de indevido ingresso no núcleo central dos poderes reservados ao Estado e de agressão, virtual ou real, a direitos fundamentais do cidadão, a começar pelo direito à privacidade”. Dessa forma, o artigo 4º prescreve que “*são proibidas as atividades de segurança privada que envolvam investigação criminal de qualquer tipo*”.

Isto posto, entendemos que há uma vedação expressa no ordenamento jurídico português à possibilidade de delegação de qualquer tarefa pública relacionada no procedimento investigatório. Vedação esta inexistente da realidade jurídica brasileira, o que, por outro lado, implica a sua possibilidade. No Brasil, a Lei nº 12.830/2013 prevê apenas que a “*condução*” da investigação criminal é competência do delegado de polícia, mas se omite quanto às demais tarefas públicas. E, com a ausência de vedação, deve ser presumida a sua possibilidade.

---

<sup>1245</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)”

<sup>1246</sup> Pedro Gonçalves entende que “Ora, quer-nos parecer que a complexidade dos problemas com que a Administração se defronta inviabiliza uma solução rígida como essa: exigência de uma autorização legal expressa para toda a contratação de colaboradores. Acresce, como já vimos, que subjacente a essa exigência de autorização legal se encontra a suposição de que o contratado com funções de auxílio da Administração actua investido de funções e de poderes públicos. Assim sendo, a tese que reclama a ‘legalização’ acaba por ter efeito de generalizar as situações de ‘desconcentração do procedimento’ e de responsabilizar a autoridade pública com poderes de decisão.” GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364.

Insta ressaltar que, em 21 de setembro de 2018, foi editado o Decreto nº 9.507,<sup>1247</sup> cuja disposição é sobre “a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” (art. 1º). O art. 3º deste Decreto prevê uma série de vedações à terceirização da Administração Pública, quais sejam:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Conforme esta normativa, percebe-se que, apesar da vedação, o parágrafo primeiro possibilita a terceirização/privatização dos serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, vedado apenas a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada para a decisão. A “autorização” não ocorre para os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionado ao exercício do poder de polícia (art. 3º, § 2º).

Entretanto, não entendemos a investigação realizada pela polícia judiciária como exercício do poder de polícia, senão como atividade administrativa preparatória (anterior) para a função jurisdicional. Diante disto, não há a vedação trazida pelo art. 3º do Decreto nº 9.507/2018. Poder-se-ia argumentar que a restrição à delegação à iniciativa privada tem como base o art. 13, inc. III,<sup>1248</sup> da Lei nº 9.784/99,<sup>1249</sup> cujo conceito de exclusividade abarcaria outras discussões, vez que a terceirização/privatização na investigação policial corresponderia, em regra, na necessidade de realização de tarefas técnicas, como perícias, exames de DNA etc.

<sup>1247</sup> Em virtude do art. 18 deste Decreto, a entrada em vigor se deu em 21 de janeiro de 2019.

<sup>1248</sup> “Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

(...)

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”

<sup>1249</sup> “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.”

E parte da doutrina, como Thiago Marrara,<sup>1250</sup> defende que a competência técnica é, geralmente, exclusiva, por decorrer do domínio técnico.

Contudo, como já tivemos a oportunidade de demonstrar no presente trabalho, não vemos o trabalho técnico como exclusivo de determinado órgão ou autoridade. Defendemos a inexistência de proibição à delegação de tarefa pública de realização de exames periciais em investigações policiais. A vedação, neste caso, apenas ocorrerá se a lei do ente federativo responsável pela investigação assim dispor ou prever cargos públicos específicos para a realização desses exames e pareceres.

Diferentemente é o caso da investigação privada. Ao contrário da privatização funcional, em que a contratação com entidades privadas para a realização de tarefas públicas, como exames periciais forenses, a investigação privada encontra-se na esfera privada. Se no primeiro caso a entidade privada está abarcada, em parte, pelo regime jurídico de direito público, em virtude de estar na realização de uma função pública, nessa segunda hipótese, a investigação privada encontra-se em âmbito totalmente privado, o que não implica em fuga de deveres quanto ao respeito aos direitos fundamentais.

A investigação privada é um mercado profissionalizado, crescente, de detetives privados e, até mesmo, advogados. Particulares contratam detetives privados com o objetivo de realizar a investigações de fatos para contribuir com a investigação criminal pública, conduzida pela Polícia Judiciária, através do delegado de polícia ou do ministério público – e desde que aceite por estes (art. 5º<sup>1251</sup> da Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017<sup>1252</sup>) –, ou para o ingresso de ação penal privada. A apuração de crimes patrimoniais é, talvez, um dos principais ramos da atividade do detetive privado. Muitas empresas preferem, inicialmente, a investigação privada, com receio de se submeter a uma investigação pública, que teria uma maior probabilidade de tornar-se midiática e propagandística.<sup>1253</sup>

A investigação privada pode ocorrer até mesmo para fatos jurídicos cuja sanção não é penal ou, ao menos, esse não seja o objetivo primário dos interessados – o que não implica dizer

<sup>1250</sup> MARRARA, Thiago. Competência, Delegação e Avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 28, out./dez. 2011. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2019. p. 8.

<sup>1251</sup> “Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.

Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.”

<sup>1252</sup> “Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.”

<sup>1253</sup> GILL, Martins; HART, Jerry. Private investigators in Britain and America: Perspectives on the impact of popular culture. **Policing: An International Journal of Police Strategies & Management**, v. 20, 1997. p. 631-640.

a ausência de fato penal típico. A investigação matrimonial, seja questão pré-matrimônio, infidelidade conjugal etc., questões empresariais, ambientais, trabalhistas, previdenciárias, dentre outras, demandam, cada vez mais, a investigação para subsidiar futura ação pública, seja civil ou penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, quando ocorre um suposto crime, há a possibilidade de ingresso com uma ação penal privada, ação penal pública e a ação penal pública condicionada à representação. A ação penal privada é “promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representa-lo” (art. 100, § 2º, do Código Penal). A art. 30 do Código de Processo Penal dispõe intentada pelo ofendido ou quem tenha qualidade para representa-lo. Portanto, observa-se que, apesar de o Estado possuir a pretensão da punição, em determinados casos é necessário a atuação ativa do cidadão para acioná-lo.

Essa possibilidade de escolha do cidadão não ocorre na ação penal pública, cuja legitimidade ativa é do Ministério Público. Há situações específicas em que é possível haver a ação penal privada subsidiária da pública, em que a inércia do *parquet* em propor a ação penal pública gera a possibilidade de o ofendido apresentar queixa, repudiá-la ou oferecer denúncia substitutiva.

Por outro lado, de acordo com a Súmula Vinculante nº 14, do STF,

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O Supremo Tribunal Federal fundamenta sua decisão no princípio do contraditório e ampla defesa: apesar de na investigação vigorar o princípio da inquisitorialidade, o investigado, em virtude dos princípios do contraditório e *ampla* defesa, tem a possibilidade de ter acesso aos autos, desde que as provas colhidas já estejam formalizadas. Isso não se aplica àquelas provas que ainda estão em fase de investigação e que, portanto, ainda não foram concluídas. Vejamos o precedente representativo:

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado,

o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais investigados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito a seu constituinte. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 88.190. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 29 ago. 2006. Publicação em: 6 out. 2006).

Em outro momento, a corte constitucional brasileira afirmou que

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente — sequer de forma concomitante — os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento, devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq nº 2.266. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 26 maio 2011. Publicação em: 13 mar. 2012).

Apesar de o inquérito não possuir o contraditório e a ampla defesa, cabe ao interessado ajudar ao deslinde da questão, com vista a solucionar o fato discutido.

No caso, defendemos a chamada investigação privada,<sup>1254</sup> que possui dupla finalidade: (a) contribuir com o particular na comprovação de fatos para justificar o ingresso com a ação penal privada ou a ação penal privada subsidiária da pública; bem como (b) contribuir com a força probatória no inquérito realizado pelo poder público, seja a polícia judiciária seja o ministério público, para o melhor deslinde do caso.<sup>1255</sup> Nesta hipótese, a investigação privada será de enorme importância não apenas para o ofendido, como também para o investigado, o qual pretender demonstrar a sua inocência, e, por que não dizer também, para toda a sociedade.

<sup>1254</sup> Sobre o assunto, ver: MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007; BULHÕES, Gabriel. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

<sup>1255</sup> Cfr. BUTTON, Mark. **Private Policing**. Cullompton: Willan, 2002. p. 107.

Para Manuel Monteiro Guedes Valente,<sup>1256</sup> apesar da função de polícia judiciária dever ser reservada ao Estado, isto deve causar prejuízo à defesa do acusado ou investigado, de modo que participar na investigação e contribuir para a descoberta da verdade material é imprescindível para a efetiva ampla defesa. Além de ser uma necessidade decorrente da isonomia, através da paridade<sup>1257</sup> de armas.<sup>1258</sup>

O princípio da *ampla* defesa, previsto no art. 5º, inc. LV, da CF/88 é a diretriz interpretativa para este entendimento. O art. 5º, inc. LV, da CF/88 prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” A própria Constituição faz a previsão de uma defesa completa, “ampla”. Este adjetivo traz uma diretriz importante, vez que significa “extenso”, “excessivo”, “farto”, abundante”. Não obstante isto, a carta magna ainda prevê que, para assegurar o contraditório e a ampla defesa, são assegurados os meios e os recursos a ela inerentes. Desta feita, devemos entender também que os meios e os recursos devem ser extensos, o necessário para que seja realizado a defesa necessária. E ainda: a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF/88), inclusive do advogado no exercício das suas funções.

<sup>1256</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Regime Jurídico da Investigação Criminal**: Comentado e Anotado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 36.

<sup>1257</sup> Gabriel Bulhões afirma que “1. A paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática, a qual visa o aprimoramento das instituições que compõem o sistema de Justiça e a observância concreta de direitos e garantias fundamentais. Tudo isso porque a Constituição Federal instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papéis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela equidistância da acusação e da defesa ao órgão julgador.

Há, dessa forma, uma especial finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve, (i) em alguns momentos, para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais; e, (ii) em outros, para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes. É importante perceber que a potencialidade da segunda medida acarreta um efeito pedagógico que fomenta a primeira.” BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>1258</sup> Conforme Aury Lopes Jr., Alexandre Morais de Rosa e Gabriel Bulhões, “É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito (artigo 156, I do CPP)! Então, não existe disparidade de armas? Não há necessidade de fortalecimento da defesa nesta fase?

O Conselho Federal da OAB não criou qualquer prerrogativa legal para a advocacia por meio de provimento nem inovou sob qualquer aspecto a ordem jurídica. O que se fez, aclarar-se, foi estabelecer conceitos, balizas e parâmetros para a advocacia exercer a sua função investigativa, vez que esta não se encontra proibida em qualquer norma brasileira (como dito, decorre da ampla defesa e contraditório previstos no artigo 5º, LV da CF). Disciplinar o que se pode fazer, a partir das ferramentas legais e previsões constitucionais já postas, é exercício do poder regulamentador conferido no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal 8.906/1994).” LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

No Direito Internacional, há vasto e antigo tratamento dispensado à efetivação da ampla defesa, sob a ótica da garantia dos “meios e recursos a ela inerentes”. Tal matéria está disciplinada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966),<sup>1259</sup> a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica (1969),<sup>1260</sup> ou ainda o Estatuto de Roma (1998).<sup>1261</sup>

No plano legislativo interno, temos que o próprio Código de Processo Penal de 1941, com suas inúmeras alterações e minirreformas, assegura a dinâmica da investigação defensiva em dispositivos como a *notícia criminis* (artigo 5º, parágrafo 3º, CPP)<sup>1262</sup> e a assistência à acusação (artigo 268, CPP),<sup>1263</sup> ou o pedido de busca e apreensão (artigo 242, CPP)<sup>1264</sup> pelo acusado/ofendido etc. Há ainda diversos outros diplomas, como a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011),<sup>1265</sup> a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973),<sup>1266</sup> ou ainda a novel Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017)<sup>1267</sup>. Sem esquecer do Projeto de Lei nº 8.045 (novo CPP), que consagra expressamente a investigação defensiva no seu artigo 13.

Em virtude dos princípios acima elencados, entendemos que a investigação privada representa uma necessidade cada vez mais premente da sociedade, além de ser um instrumento indispensável para concretizar a garantia fundamental ao contraditório e ampla defesa. Por óbvio, a investigação privada não é absoluta: ela apresenta limites, perceptíveis não apenas na ausência de poder coercitivo do detetive privado, mas também nos direitos fundamentais de outrem.

Noutra face, há linhas bastantes tênues geradas pela colisão de direitos fundamentais, entre aquele que está exercendo a investigação privada e os direitos, liberdades e garantias

<sup>1259</sup> O Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, internalizou essa norma no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>1260</sup> O Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992, internalizou essa norma no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>1261</sup> O Direito pátrio por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, internalizou essa norma no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>1262</sup> “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

(..)

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.”

<sup>1263</sup> “Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.”

<sup>1264</sup> “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.”

<sup>1265</sup> “Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.”

<sup>1266</sup> “Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.”

<sup>1267</sup> “Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.”



daqueles sobre quem aquela investigação pode recair.<sup>1268</sup> Essa zona de tensão é forte e de difícil solução, haja vista que, apesar da necessidade de regular os meios e técnicas de investigação, de modo a estabelecer limites ao exercício dessa atividade, a tecnologia acaba por desatualizar de forma muito rápida a pretensão estatal. Não cremos que isto seja razão para a sua invalidação, mas sim para o necessário controle, regulação<sup>1269</sup> e busca pela dinamização da atuação normativa do Estado.

Por isto, a regulamentação da investigação privada (ou defensiva) se faz premente. Apenas em 11 de dezembro de 2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) aprovou o Provimento nº 188/2018,<sup>1270</sup> que regulamenta as bases para o advogado fazer investigação e presidir inquérito defensivo.<sup>1271</sup> Essa norma define condutas na apuração de provas, oitiva das vítimas e testemunhas, bem como assegura ao advogado as provas, informações, certidões públicas e notificações judiciais tanto do Código de Processo Penal quanto do Código de Processo Civil. Assim, o seu artigo 1º define a investigação defensiva como o

Complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

O relator da proposta no Conselho Federal, Nilson Antônio Araújo dos Santos, entende que o regulamento promove um equilíbrio entre a advocacia e os promotores: “hoje, no

<sup>1268</sup> Ver: BEDÊ, Rodrigo. O detetive particular x intimidade x investigação criminal. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/449545924/o-detetive-particular-x-intimidade-x-investigacao-criminal>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

<sup>1269</sup> Apesar da importância da matéria, em Portugal, na revisão do regime de exercício da atividade de segurança privada, o Ministro da Administração Interna, Sua Senhoria, Dr. Miguel Macedo, entende que a regulação da atividade de detetive privado não é um compromisso imediato. Cfr. Ata do Conselho de Segurança Privada, de 20 de junho de 2012, em que foram analisados os projetos de reforma legislativa da atividade de segurança privada, p. 4. [Consult. em julho de 2014]. Disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt). Ressalta-se que na opinião de João José Rodrigues Afonso, o detetive privado não gera muita confiança nem é muito apreciado pela sociedade portuguesa. AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. p. 204.

<sup>1270</sup> A norma está disponível no site <https://www.conjur.com.br/dl/norma-conselho-federal-oab-investigacao.pdf>.

<sup>1271</sup> A origem do projeto decorre de discussões da Comissão da Advocacia Criminalista da Seccional do Rio Grande do Norte da OAB, em 2017. Conforme o presidente da comissão, Gabriel Bulhões, afirma que a regulamentação tem por objetivo evitar que a advocacia tenha um papel protocolar antes do fim da “lava jato”. Conforme o presidente da Comissão, essa ideia já havia sido implementada na Itália, como refluxo da operação “mãos limpas”, cujo seu objeto é similar ao que ocorre atualmente com a “lava jato”. Segundo o autor, “foi no final dessa operação que a advocacia criminal se deu conta que exerceu um papel meramente protocolar. Aqui, estamos tentando antecipar esse processo histórico.” Conselho Federal da OAB regulamenta investigação conduzida pela defesa. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/conselho-federal-oab-regulamenta-investigacao-defesa>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

processo penal, o Ministério Público tem uma participação efetiva na apuração de provas e ao advogado, no exercício da defesa do cidadão esses meios são muito pequenos”. O presidente nacional da OAB, Cláudio Lamachia, complementa com a afirmação desta norma servir, ainda, como ferramenta de defesa das prerrogativas profissionais da advocacia.<sup>1272</sup>

No entanto, essa normativa gerou diversas discussões na doutrina. Henrique Hoffmann<sup>1273</sup> criticou a previsão por entender que: (a) não poderia haver a disciplina de investigação criminal por ato infralegal. Faz-se imprescindível lei federal na premente hipótese;<sup>1274</sup> (b) a investigação criminal é exclusiva da polícia judiciária, em virtude do artigo 144, parágrafos 1º, inc. I, e 4º,<sup>1275</sup> cuja atribuição teria sido confirmada pela Lei nº 12.830/13,<sup>1276</sup> art. 2º<sup>1277</sup>. Ao seu entender, outras instituições e órgãos poderiam, através de permissão legal, realizar investigação, mas de natureza não penal, cuja competência é da polícia judiciária, a qual exerce de forma imparcial, em relação à acusação e defesa; (c) em virtude item anterior, registra-se que o detetive profissional,

<sup>1272</sup> Conselho Federal da OAB regulamenta investigação conduzida pela defesa. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/conselho-federal-oab-regulamenta-investigacao-defesa>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>1273</sup> HOFFMANN, Henrique. Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/academia-policia-investigacao-exclusivamente-criminal-atribuicao-policia-judiciaria>>. Acesso em: 15 fev. 2019. Ver ainda: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 04 fev. 2019; e HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 04 fev. 2019.

<sup>1274</sup> No mesmo sentido, Eduardo Luiz Santos Cabette afirma que “por mais que se pretenda argumentar, não é viável, é uma aberração a normatização da persecução penal na fase investigatória por meio de outra coisa que não seja Lei Federal. Jamais uma Resolução, um Provimento ou qualquer diploma infralegal, pode ser utilizado como sustentação da legalidade dessa espécie de procedimento.” CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A polêmica sobre a investigação defensiva. **Jus**, fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71912/a-polemica-sobre-a-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>1275</sup> “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

<sup>1276</sup> Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

<sup>1277</sup> “Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.”

Só pode executar ‘coleta de dados e informações de natureza não criminal’ (artigo 2º da Lei 13.432/17), desde que expressamente autorizado pelo contratante e mediante aceite do delegado de polícia (artigo 5º), e mesmo assim sendo a ele vedado ‘participar diretamente de diligências policiais’ (artigo 10º, IV).

Quanto ao regramento disciplinado pela Ordem dos Advogados do Brasil, é necessário ressaltar que a sua constitucionalidade encontra respaldo na medida em que ele vem a disciplinar a atuação ética do advogado, dando-lhe uma diretriz; mas sem poder possibilitar a limitação e/ou violação a direitos fundamentais de outrem. Caso a regulamentação trouxesse alguma hipótese que suscitasse ou possibilitasse a violação a direitos fundamentais, haveria uma inconstitucionalidade premente, em virtude do art. 5º, inc. II, da CF/88,<sup>1278</sup> bem como outras normas específicas sobre direitos fundamentais, os quais exigem lei em sentido formal para a sua restrição.<sup>1279</sup>

Além disto, o regramento da Ordem dos Advogados do Brasil ainda é muito incipiente, focado mais em diretrizes de atuação do advogado no âmbito interno do próprio órgão de classe. Por isso, alguns doutrinadores, como Gamil Föppel El Hireche,<sup>1280</sup> questionam se essa normativa trouxe mesmo uma prerrogativa legal para a investigação do advogado.

Apesar de ser uma normativa tímida, é um grande avanço para o sistema jurídico brasileiro. Alexandre Morais de Rosa, Aury Lopes Jr. e Gabriel Bulhões<sup>1281</sup> explicam que uma das grandes preocupações do Provimento nº 188/2018-CFOAB foi o “rígido controle para que não houvesse qualquer inovação do ponto de vista legal.”, vez que estamos a falar de uma norma infralegal. Assim, eles elencam outros diversos passos que precisam ser dados, como i) da

<sup>1278</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

<sup>1279</sup> Ver: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>1280</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. Regulamentação da investigação defensiva: nem tudo que reluz é ouro. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 14 fev. 2019. Conforme o autor, também por consistir em simples resolução, não se estabelece efetivos poderes de investigação ao advogado. A luta pela paridade de armas deve necessariamente avançar para alterações legislativas consistentes (inclusive, com discussão já iniciada no projeto de reforma do Código de Processo Penal), abarcando, por exemplo, determinados poderes requisitórios do advogado, tanto no procedimento de investigação preliminar, quanto na instrução em juízo.

A efetiva crítica à resolução, contudo, está na perigosa manutenção da indistinção da atuação do advogado que instrui acordos de delação premiada (ou mesmo de leniência) com aqueles que não aderem a tal prática no contexto do mesmo caso penal. Ver também: VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, mar./abr. 2014.

<sup>1281</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; ii) de certificação específica para formação da advocacia investigativa; e, principalmente, iii) da edição de uma lei que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva. Acrescento aqui a questão do controle. Enquanto a Polícia Judiciária está sujeita ao Controle Externo do Ministério Público, ao Controle Interno das Corregedorias e ao Controle Externo da Corregedoria de Polícia Judiciária do Poder Judiciário, faz-se imprescindível a delimitação do controle da atividade investigatória do advogado.

Quanto à exclusividade estatal prevista no art. 2º, § 1º,<sup>1282</sup> da Lei nº 12.830/2013, é necessário ter em mente que a investigação defensiva/privada não tem natureza pública. Essa é uma tarefa privada de interesse público. Vejamos que aquele artigo legal prevê como exclusiva a “condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penal.” Já a investigação privada tem como finalidade a “obtenção de elementos de provas destinados à constituição do acervo probatório lícito, para a tutela dos direitos de seu constituinte.” (art. 1º do Provimento nº 188/2018). Há, portanto, uma linha tênue entre ambos os procedimentos, visto que aquele pretende apurar as circunstância, materialidade e autoria das infrações penais, enquanto este tem natureza estritamente defensiva. Apesar de parecidos, as finalidades são exatamente opostas. Esta defesa fica mais clara quando Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa e Gabriel Bulhões<sup>1283</sup> reconhecem que

Quem labuta diariamente junto ao sistema de Justiça criminal, em especial partindo da ótica da Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal, sabe que a Polícia Civil e a Federal atuam em perspectivas inquisitoriais e dedicadas à acusação, sendo raro se observar qualquer movimento tendente ao reforço de teses defendidas por suspeitos/indiciados.

E complementam: “falar em imparcialidade da polícia ou do MP no processo penal é um grave equívoco conceitual.”<sup>1284</sup>

<sup>1282</sup> “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.”

<sup>1283</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 16 fev. 2019. Ver ainda: BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 304, abr. 2018.

<sup>1284</sup> Ainda conforme os autores: “E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a polícia judiciária, braço operacional e de controle do Estado, se veste da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do “juiz”, não da polícia e tampouco do MP no processo

Por fim, quanto à repercussão da investigação privada, Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos<sup>1285</sup> entende que há uma variação a depender da natureza da ação penal. Se estivermos a tratar de ação privada, a investigação particular pode servir de base para a queixa, sem qualquer participação direta ou indireta da investigação estatal e do Ministério Público. Já no caso da ação penal pública, haveria a incidência da “teoria da canalização” do Direito italiano: toda a investigação particular deve ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para que “verifiquem a necessidade de produção de outros elementos de informação, caso não haja base suficiente para a propositura da denúncia”.<sup>1286</sup>

Dessa forma, por consistir em atividade privada de interesse público, a investigação privada não deriva de autorização legal, senão do princípio da legalidade que confere aos particulares atuar da forma que melhor lhe aprouver, salvo em virtude de restrição constitucional, legal e/ou administrativa.<sup>1287</sup> As limitações à investigação privada decorrem diretamente dos direitos fundamentais de outrem, de modo a reduzi-la sensivelmente, mas não a inviabilizar. De toda forma, a regulamentação por lei faz-se imprescindível para a segurança jurídica!

---

penal (outra confusão ou distorção bastante comum).” LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>1285</sup> ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de polícia em ação**. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 70

<sup>1286</sup> O Código de Normas para a Administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados dos EUA (American Bar Association, Standards for the Administration of Criminal Justice), em seu item 4-4.1, “(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informações na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigação existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado”.

<sup>1287</sup> Nesse mesmo sentido, Gabriel Bulhões. O autor afirma que “Pela natureza de atividade privada, a advocacia encontra-se delimitada pelas proibições: constitucionais, legais e administrativas. Além dessas, as únicas limitações que devem ser impostas ao advogado são a criatividade e o orçamento.

Dessa forma, tudo aquilo que for proibido, seja no próprio texto constitucional, ou em qualquer lei, ou ainda nos atos normativos expedidos pela OAB, está fora da circunscrição do modelo de atuação da investigação defensiva passível de ser implementada no Brasil.

Como exemplo das limitações constitucionais, temos os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência etc., e ainda a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, CF).

No plano legal, além de todas as possibilidades de violação ao direito de outrem[3], ainda deve se considerar as condutas tipificadas penalmente. Ademais, chama-se atenção para o relevante papel do Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), a Lei Federal 8.096/1994.

Por fim, temos as determinações normativo-administrativas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e suas respectivas seccionais, o Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução 02/2015-CFOAB), bem como demais resoluções, provimentos, instruções normativas, e também o Regulamento Geral do EAOAB.

Afora as limitações normativas, que são objetivas e oponíveis genericamente, ainda há limitações de ordem material e de ordem criativa.” BULHÕES, Gabriel. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 170.

### 6.3.6 A contratação da segurança privada pela (e para) a Administração Pública

*A segurança pública consiste em um serviço prestado pelo Estado, no exercício do seu dever (fundamental) de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos. Pode-se afirmar também que o interesse primário está ligado aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente do art. 3º da Constituição Federal. Ele decorre da adequada interpretação da lei e da Constituição. Descrito esse conceito – já analisado no presente trabalho –, fica claro a percepção de que a efetivação desse direito consiste em um interesse público primário do Estado*

Já o interesse público secundário decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios, particulares. O Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais. Estes interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais. De regra, o interesse secundário tem cunho patrimonial.

Nesse sentido, o Estado, na guarda e proteção dos seus bens jurídicos, atua sob a égide do interesse público secundário, portanto, sob o regime jurídico de direito privado, com fulcro no princípio da isonomia, ou seja, da mesma forma que qualquer outro particular. Aquele interesse público não se sobrepõe sobre o interesse privado.

Dessa forma, quando a Administração Pública atua no controle, vigilância e proteção dos seus próprios bens, móveis e imóveis, o controle de entrada, saída e presença de pessoas, bem como a prevenção de armas, substâncias, engenhos e objetos de uso e porte legalmente proibidos em edifícios e recintos de acesso vedado ou condicionado ao público, o faz através do serviço de segurança privada (art. 2º da LSegPriv).

Neste caso, a Administração Pública atua sob o regime jurídico de direito privado, no exercício de direitos e poderes privados. Por isso a complexidade do assunto, especificamente quanto aos limites e forma de controle dessa atuação. E, na medida em que há uma substituição da atuação do poder público por uma entidade privada, no exercício de uma atividade privada, mas com o controle do poder público, estamos a falar de uma privatização funcional.<sup>1288</sup>

---

<sup>1288</sup> Pedro Gonçalves constata que “A Administração Pública é, de resto, senão o principal, pelo menos um dos principais adquirentes de serviços de segurança privada. Entre as razões que explicam a expansão do ‘contracting out’ administrativo em matéria de vigilância e segurança conta-se a tendência geral para a compra, em vez da produção própria (*make less and buy more*), e a percepção de que a segurança requer formação e qualificação técnica de que os sistemas ‘*in-house*’, montados pela própria Administração, não dispõem”. GONÇALVES, Pedro

A doutrina alemã utiliza da palavra *Hausrecht* – “regras da casa”, em tradução livre – para designar o conjunto de normas reguladoras de determinado espaço. Aqui, a o proprietário tem a posição soberana e de domínio para elaborar as regras a serem observadas, tais como o direito de decidir quem entra, quais as condições para permanecer e o tempo.<sup>1289</sup> Pedro Gonçalves ensina que o titular tem os poderes e competências concretas para exercício desse direito, inclusive com a “proibição de entrada” e a “ordem de expulsão”. Não obstante a isto, o *Hausrecht* não confere ao titular a coercibilidade para o seu exercício, salvo quando necessário para a legítima defesa ou ação direta, como flagrante delito.<sup>1290</sup>

O professor português afirma ainda que o *Hausrecht* pode ser transferido contratualmente para uma empresa de segurança privada, por exemplo.<sup>1291</sup> E a Administração Pública, como qualquer outro particular, pode transferir o *Hausrecht* a uma entidade de segurança privada, de modo que esta terá apenas o exercício e atuará sob o regime jurídico de direito privado e sob o controle da Administração Pública.

Quanto à possibilidade do uso da força física, neste caso, a empresa privada (privatização funcional) que recebeu a transferência do *Hausrecht* da Administração Pública, pode exercer os poderes do uso da força pertencente a todos (“*direito de todos*”), tal como a

---

António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 374-375.

<sup>1289</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 373.

<sup>1290</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 373.

<sup>1291</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 373. “O Estado é, de facto, o principal adquirente de serviços de segurança privada. Nos EUA, o Governo entrega a empresas de segurança a vigilância de edifícios e instalações dos tribunais e da Administração, incluindo, por ex., as instalações da NASA e do Departamento de Defesa; cfr. Nemeth, *Private Security and Law*, p. 11. Na Alemanha, estima-se, já em 1988, que 50% dos serviços prestados pela segurança privada eram adquiridos pelo sector público. As empresas de segurança privada chegam a ser contratadas para proteger e guardar os edifícios da polícia. Para qualificar a situação, em Espanha, fala-se do uso e abuso da segurança privada pela Administração, que confia a segurança dos Ministérios, correios, centros e estabelecimentos militares, tribunais, museus e universidades; cfr. ZIGORRAGA, Iñaki Agirreazkuenaga. *Perfiles y problemática de la seguridad en el ordinamiento jurídico español*. **Revista de Administración Pública**, n. 118, 1989. p. 132; IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El desarrollo de uma ideia de colaboración en el Derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros*. **Revista Espanhola de Derecho Administrativo**, n. 94, 1997.

legítima defesa própria ou de terceiros e o flagrante delito.<sup>1292</sup> Pedro Gonçalves<sup>1293</sup> afirma que, além destes poderes, os agentes da segurança privada

Podem ainda ser autorizados a exercer os designados “poderes privados” (que pertencem às entidades que os contratam); aqui se contam as dificuldades de ‘acção directa’ para defesa do direito de propriedade ou posse, bem como o poder de decidir sobre quem pode entrar e permanecer no local.

Todos estes poderes encontram-se no âmbito do direito privado.

Entretanto, para melhor analisar o assunto, especificamente acerca da colaboração da entidade privada na vigilância e controle de espaço próprio da Administração Pública, faz-se necessário distinguir o regime jurídico observado na contratação de empresas de segurança privada para a proteção de edifícios públicos fechados ao público para a vigilância de espaços públicos abertos e de livre circulação.

O espaço público pode ser tanto aquele com amplo acesso ao público em geral, tais como espaços de circulação (ruas, avenidas e/ou estradas etc.) e os espaços de lazer e conservação (praças, praias, parques, etc.)<sup>1294</sup>, quanto os espaços públicos com restrição ao acesso e à circulação, cuja presença é controlada e restrita, como repartições, fóruns etc.<sup>1295</sup>

<sup>1292</sup> Observa-se que, de acordo com Miguel Nogueira de Brito, “o segundo grupo de questões (em que condições está o Estado autorizado a prosseguir as suas próprias tarefas de segurança através de privados e já não através das autoridades de polícia?) coloca ainda adicionalmente, desde logo, os problemas atinentes à necessidade de efectuar uma distinção entre privatização funcional, em que a autoridade privada auxilia e colabora com a Administração, e uma privatização orgânica de tarefas públicas, assente num acto como relevo no plano organizativo, em que existe uma transferência de responsabilidades públicas sujeita a reserva de lei. No âmbito da privatização funcional, encontramos aqueles casos em que uma entidade da Administração responsável pela gestão de um espaço público delimitado, mas sem dispor de funções e competências públicas de polícia, pode confiar a empresas de segurança privada a vigilância desse espaço. Tais empresas exercem aí os direitos privados de todos. No âmbito da privatização orgânica, haveria já lugar a uma <<estadualização>> de entidades privadas e, nessa medida, a respectiva vinculação pelo direito público. Pois bem, atendendo às diferenças estruturais entre a prestação de serviços de segurança pelo Estado e pelos privados, acima afloradas, entende-se que não é possível, em princípio, a privatização orgânica de competências públicas de polícia. O fundamento constitucional desta proibição retiramo-lo do art. 272º da Constituição, da qual se deve extrair um princípio de reserva das atribuições e competências da polícia ao Estado, bem como carácter excepcional e meramente defensivo do emprego da força pelos particulares resultantes do art. 21º da Constituição. Com efeito, se a Constituição, no seu art. 111º, n.º 2, estabelece um princípio da indisponibilidade dos poderes públicos e se as funções da polícia são definidas pela própria Constituição, no seu art. 272º, não parece que haja lugar a qualquer possibilidade de privatização de tais funções.” BRITO, Miguel Nogueira de. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009. p. 305.

<sup>1293</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 373. O autor complementa afirmando que “No desempenho de suas funções, as empresas de segurança privada ou, melhor, os seus agentes e trabalhadores podem, por conseguinte, usar a força e até armas de defesa em face de agressões de terceiros, quer no âmbito dos direitos próprios de legítima defesa (própria e de terceiro), quer no âmbito de defesa de direitos dominiais das entidades contratantes. Podem ainda tomar decisões sobre a entrada de pessoas em certos locais. Mas, insiste-se, tudo isso se processa na esfera do direito privado, com poderes privados e dentro dos respectivos limites”. p. 374.

<sup>1294</sup> Esse espaço está juridicizado no art. 99, inc. I, do Código Civil como bem de uso comum do povo.

<sup>1295</sup> Este espaço está juridicizado no art. 99, inc. II, do Código Civil como bem de uso especial.



No caso do espaço público fechado, sem acesso e/ou circulação, Pedro António Pimenta Costa Gonçalves<sup>1296</sup> entende pela possibilidade da privatização funcional na contratação de entidades privadas para a vigilância de edifícios fechados e/ou limitados ao público. Neste caso, como estamos a tratar de um espaço totalmente fechado ao público, não há espaço para gerar direito subjetivo ao cidadão para ingressar no bem público. Esse poder de cuidar do seu patrimônio e bens pode ser transferido a particulares, sem maiores discussões. Caso a entidade privada encontre-se diante de uma situação atípica, tal como a tentativa forçada de ingressar na propriedade e/ou furto, há a possibilidade de utilização da força, desde que presentes os requisitos para o seu legítimo uso, decorrente do “*direito de todos*”, tais como legítima defesa ou flagrante delito, dentre outros. Ausente estes requisitos, a entidade privada deve requisitar a intervenção imediata dos agentes da segurança pública. Esta mesma lógica deve ser utilizada para os bens públicos abertos ao público fora do horário de funcionamento.

Já nos bens públicos abertos ao público, a entidade privada pode realizar as atividades de controle de saída e entrada, manutenção dos indivíduos, exigência de identificação etc. O controle operacional, que configura uma atividade meramente material, não apresenta impedimento à privatização funcional. A atuação da entidade privada será meramente instrumenta, material, sem implicar em riscos à administração pública e à esfera de direitos do cidadão, estando, pois, nas dimensões do *Hausrecht*.<sup>1297</sup>

A discussão recai sobre a possibilidade da entidade privada atuar de forma ativa, na tomada de decisões, quando estiver diante de situações atípicas. Estas seriam hipóteses que fogem da normalidade e seria necessário intervir, através da força, na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, tal como o cidadão que tem por objetivo não atender as regras para permanecer no estabelecimento e insiste nesse descumprimento, em oposição às determinações dos agentes contratados pela empresa; o que implicaria na condição para a sua expulsão do local e proibição de entrada.

Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves entende pela impossibilidade jurídica das entidades privadas tomarem decisões nas situações descritas no item anterior.<sup>1298</sup> Para o autor português, haveria duas fundamentações para tanto: o *Hausrecht*, específico para o direito público, e o fato dessas decisões terem a natureza de ato administrativa.

<sup>1296</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 376 e ss.

<sup>1297</sup> No Brasil, é cada vez mais comum a transferência de “cuidados” relacionados ao bem de uso comum do poder às entidades privadas, tal como a parceria pública privada para a gestão de uma praça comunitária a uma escola privada, situada próxima à praça.

<sup>1298</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 379 e ss.

Em relação ao *Hausrecht* de direito público,<sup>1299</sup> este se diferencia do *Hausrecht* do direito privado, vez que, ao abordar um edifício público, aberto ao público, a natureza de direito público apenas ocorre neste momento, não havendo, portanto, quando o bem público estiver fechado ao público. Para Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, este poder é implícito e decorre da necessidade de assegurar a finalidade específica do bem, preservando as condições necessárias para o exercício das competências administrativas, e no direito da Administração em desempenhar a sua função. Observe-se que nessa atuação há a possibilidade de inviabilizar o exercício de direitos subjetivos públicos. Ou seja, neste caso, o *Hausrecht* não origina da propriedade em si.<sup>1300</sup>

Nesse sentido, o *Hausrecht* tem o condão de ser utilizado em duas medidas concretas: “a recusa ou a proibição de entrada (*Hausverbat*) e a imposição ou ordem de expulsão (*Hausverwies*)”.<sup>1301</sup> E, para Pedro Gonçalves, ambos são medidas ou atos de direito público, de modo que estariam

Preenchidos todos os requisitos necessários para qualificar como actos administrativos as medidas de actuação daquele poder, quer se trate de ordens de expulsão, quer de recusas de entrada e independentemente das razões que podem levar o destinatário delas a pretender contactar com os serviços da Administração.<sup>1302</sup>

Assim, o professor português<sup>1303</sup> conclui que

ao contrário do que se passa com os edifícios fechados ao público, o *Hausrecht* em relação a edifícios abertos ao público não pode ser funcionalmente “privatizado”. Isto é, as decisões a estabelecer que um indivíduo não pode entrar ou que em um outro deve retirar-se de um edifício aberto ao público são decisões de direito público, assumem-se como actos administrativos. Ora, como vimos acima, o espaço da

<sup>1299</sup> Está relacionado à “reserva de administração” e com a sua autonomia organizativa. Isto porque, “a formação do Governo em sentido orgânico verifica-se no exercício do poder de organização que lhe assiste”. WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. (Vol. 1). p. 231. Ainda, ver: GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego Público de Regime Privado: A Laboralização da Função Pública**. Fórum: Belo Horizonte. 2017. p. 161.

<sup>1300</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 381. Para o autor, há “uma conexão óbvia entre esse poder e as competências públicas a uma autoridade.”

<sup>1301</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 382.

<sup>1302</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 383. Para o autor, “diferentemente das operações de vigilância e do *Hausrecht* apresenta-se o exercício de poderes de revista de pessoas por parte dos agentes de segurança privada encarregados da vigilância de certos locais públicos de acesso vedado ou condicionado (v.g. zonas de *check in* nos aeroportos). Neste cenário, os agentes de segurança privada surgem investidos de poderes públicos de autoridade, actuando no âmbito de uma actividade de segurança privada.” p. 384

<sup>1303</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 383.

privatização funcional está delimitado pela possibilidade de ocorrer uma “troca” de uma actuação pública por uma actuação privada. Para que isso suceda, torna-se necessário que a actuação privada se limite a contribuir para a execução, pela própria Administração, de uma tarefa pública. Não está preenchido esse requisito, sempre que o colaborador da Administração esteja contratualmente investido (de forma explícita ou implícita) do poder de tomar decisões com relevo (externo) na esfera jurídica de terceiros. Só a Administração ou uma entidade privada investida de funções públicas (privatização orgânica) pode assumir essa responsabilidade. E, recorde-se, a situação não se altera pelo facto de a Administração definir rigorosa e taxativamente os critérios das decisões a tomar pelos seus colaboradores. Mesmo nessa eventualidade, no caso que estamos a analisar, a decisão concreta, que é a prática do acto administrativo, caberia ao colaborador da Administração.

Particularmente, compreendemos melhor esses atos como meras declarações de vontade jurídico-administrativa ou atos autorizados da Administração, mas não como atos administrativos. Isso porque conceituamos o ato administrativo como a “manifestação<sup>1304</sup> da vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa.”<sup>1305</sup> No caso, não há uma declaração – ou manifestação – de vontade pelo agente privado, mas sim mera execução material, uma verificação, de uma ordem anterior, seja estabelecida por lei ou regulamento.

Todavia, isto não muda o entendimento acerca dos limites da privatização funcional no presente caso, vez que há um limite claro interposto pela natureza do *Hausrecht* em questão. Desta forma, entendemos que a Administração Pública poderia contratar entidade privada com a tarefa de realizar operações rotineiras de controle de entrada, o que faria com que aquela tarefa fosse transferida da esfera pública para a privada. Contudo, os agentes privados estariam limitados às atividades de vigilância, de anotações, de cadastro, dentre outras. Caso fosse necessário tomar decisões que tivessem interferência na esfera de direitos do cidadão em razão de situações atípicas, como a expulsão ou recusa de entrada, seria necessário a sua legitimação por um agente público, face à sua natureza pública, em razão do *Hausrecht* específico de direito público. Neste caso, Pedro Gonçalves defende que, havendo lei autorizativa, a Administração poderia realizar uma privatização orgânica e a empresa privada tomar tais decisões.<sup>1306</sup>

<sup>1304</sup> Ao discutir qual seria o melhor termo para caracterizar o ato administrativo, se “manifestação da vontade” ou “declaração da vontade”, Odete Medauar afirma que seria melhor visualizar o ato administrativo como “um dos modos de expressão das tomadas de decisão”. MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepção e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

<sup>1305</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273.

<sup>1306</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 384.

## 7 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) NO SISTEMA PRISIONAL<sup>1307</sup>

### 7.1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema prisional encontra-se em crise em praticamente todo o mundo ocidental. No Brasil, particularmente, as penitenciárias são um verdadeiro “inferno na terra, com seres humanos”,<sup>1308</sup> ou seja, estão em situação periclitante, cujo modelo adotado demonstrou-se falido, e, por conseguinte, são descumpridas as normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais acerca dos direitos fundamentais dos presos, cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CFB/88).

Aliada a crise do sistema penitenciário, há a crise econômica do Estado em que se busca modelos menos onerosos e mais eficientes da atuação administrativa. Assim, as parcerias entre o Estado e a iniciativa privada apresentam-se como o caminho a ser seguido, não apenas por demonstrarem, em diversos momentos, eficiência maior do que a prestação direta dos serviços pelo Estado, como também por serem uma concretização do princípio democrático e republicano, o qual convida-se a sociedade a participar da gestão da coisa pública.

No entanto, ao abordarmos a possibilidade de o sistema prisional ser gerido pela iniciativa privada é necessário fazermos alguns questionamentos,<sup>1309</sup> tais como a constitucionalidade dessa delegação, haja vista o exercício nas penitenciárias de funções públicas exclusivas do Estado.

#### 7.1.1 A situação dos presídios

O problema de segurança no mundo ocidental é evidente, entretanto, no Brasil esse problema parece ser ainda mais grave.<sup>1310</sup> Dentre os problemas de segurança, a crise prisional

<sup>1307</sup> As bases deste capítulo foram discutidas pelo autor no trabalho “**A Parceria Público-Privada (PPP) no Sistema Prisional**”, decorrente do Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

<sup>1308</sup> De acordo com a descrição de Dante Alighieri, o inferno seria um lugar úmido, sujo, fétido, sombrio, mal iluminado.

<sup>1309</sup> Conforme assevera Luiz Antônio Bogo Chies, “a temática privatização penitenciária representa noção ampla que engloba uma série de possibilidades ou linhas práticas de concretização, sendo gênero do qual essas diversas formas e propostas concretas de realização são suas espécies”. CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Privatização Penitenciária e Trabalho do Preso**. Pelotas: EDUCAT, 2000. p. 10.

<sup>1310</sup> O sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de pessoas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões de presos), China (1,5 milhão de presos) e Rússia (870 mil presos). “De acordo com a última contagem da população, recenseada e estimada pelo IBGE em 2007, a população total do Brasil é de 183.987.291 habitantes<sup>1</sup>. Pelo relatório do DEPEN de dezembro/2007, a população carcerária brasileira é estimada em 422.590 presos, assim distribuídos: cerca de 422.373 presos nos sistemas penitenciários

é um dos principais e necessita de uma reformulação urgente. Os presídios brasileiros mais parecem masmorras da Idade Média, cujas celas, totalmente insalubres, estão superlotadas. Segundo dados do Ministério da Justiça, em 2009, no Brasil, havia um déficit de 139.266 vagas no sistema penitenciário brasileiro.<sup>1311</sup>

A falta de eficiência administrativa<sup>1312</sup> somado à ausência de vontade política gera um ambiente em que o sistema penitenciário não cumpre a sua finalidade primeira: a ressocialização. Não é difícil compreender que em um ambiente em que há superlotação, uma situação de higiene precária, cidadãos presos além do tempo estipulado na sentença, alto índice de crimes dentro dos próprios presídios, como, por exemplo, homicídio e tráfico de drogas, e alto índice de corrupção por parte dos agentes públicos, não só é difícil o preso ser ressocializado como também acontece exatamente o inverso: o sistema penitenciário acaba por se tornar uma espécie de pós-graduação no crime. Esse é o ambiente perfeito para a “criação e recriação da cultura delinquente”.<sup>1313</sup>

Ainda em 1976, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), instaurada na Câmara dos Deputados, com o objetivo de avaliar a situação do sistema penitenciário brasileiro, diagnosticou situação praticamente idêntica à realidade atual: superlotação, ociosidade,

---

estaduais, 109 presos da Penitenciária Federal de Catanduvas (PR) e 108 presos da Penitenciária Federal de Campo Grande (MS). Os presos mantidos pelos sistemas penitenciários estaduais assim se subdividem: 56.014 pessoas presas na polícia (13,26%) e 366.359 presos em estabelecimentos penais, a saber: 127.562 são presos provisórios (30,2%); 157.202 presos sob o regime fechado (37,21%); 58.688 presos sob o regime semi-aberto (13,89%); 19.147 presos sob o regime aberto (4,53%); 3.039 presos em medida de segurança sob a forma de internação (0,73%); e 721 presos em medida de segurança sob a forma de tratamento ambulatorial (0,17%). Em relação à capacidade de ocupação, verifica-se que o número de vagas do sistema penitenciário brasileiro totaliza 275.194 vagas, assim distribuídas: 25.679 vagas nos estabelecimentos policiais (9,33%), e 249.515 vagas no sistema prisional (90,67%). O número de estabelecimentos penais no país é de 1.701 unidades prisionais, assim caracterizadas: 442 penitenciárias ou similares (25,98%); 43 colônias agrícolas, industriais ou similares (2,53%); 45 casas do albergado ou similares (2,66%); 13 centros de observações ou similares (0,76%); 1.124 cadeias públicas ou similares (66,08%); 27 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (1,59%); e 07 outros hospitais (0,41%).” Dados conforma apresentado pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, em 2009, na Câmara dos Deputados. Ver o site: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>> . Acesso em: 25 ago. 2015.

<sup>1311</sup> Conforme os dados apresentados pela CPI do Sistema carcerário, o déficit de vagas, em 2009, no sistema penitenciário brasileiro é de 147.396. Por outro lado, conforme o voto do Ministro Marco Aurélio, na ADPF 347, o déficit é de 206.307, em 2015.

<sup>1312</sup> De acordo com relatório do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), “o gasto mensal com o sistema penitenciário totaliza R\$ 3.604.335.392,00 (três bilhões, seiscentos e quatro milhões, trezentos e trinta e cinco mil, trezentos e noventa e dois reais), assim direcionados: R\$ 2.642.579.873,00 (dois bilhões, seiscentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e setenta e nove mil, oitocentos e setenta e três reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores ativos (73,32%); R\$ 27.701.964,00 (vinte e sete milhões, setecentos e um mil, novecentos e sessenta e quatro reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores inativos (0,76%); R\$ 799.481.100,00 (setecentos e noventa e nove milhões, quatrocentos e oitenta e um mil e cem reais) aplicados em despesas de custeio (22,18%) e R\$ 134.572.455,00 (cento e trinta e quatro milhões, quinhentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais) destinados a despesas de investimento (3,74%)”. Ver o site: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 70.

<sup>1313</sup> HAUSER, Eliana E. **A Pena e o Sistema Penal**: algumas considerações sobre sua legitimidade. Ijuí: Unijuí, 1997. p. 68.

violência e falta de atendimento básico aos presos. Em seu relatório final, o Deputado Federal Abi-Ackel afirmou que

A deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementeiras da reincidência', dados os seus efeitos crimínógenos.<sup>1314</sup>

Em 2009,<sup>1315</sup> foi criada novamente uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, na Câmara dos Deputados, com a finalidade de

Investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP.

#### Conforme a CPI do Sistema Prisional Brasileiro

A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de 'homens-morcego'. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos prisionais em sua grande maioria (...). O resultado dessa barbárie é a elevada reincidência expressa em sacrifício de vidas humanas, desperdícios de recursos públicos, danos patrimoniais, elevados custos econômicos e financeiros e insegurança á sociedade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, no voto da ADPF 347 MC/DF,<sup>1316</sup> afirma que

<sup>1314</sup> LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade: mitos e fatos**. São Paulo: Instituto Liberal, 2001. p. 19.

<sup>1315</sup> Em 05 de maio de 2015 foi criada uma nova Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de “investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro.” Ver site <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215435>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

<sup>1316</sup> Voto disponível no site: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (...)

Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir. Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha. (...) Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

Não obstante essa situação calamitosa, não se pode esquecer que o ordenamento jurídico reconhece direitos aos presos, cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal Brasileira de 1988).<sup>1317</sup> Tendo como base este princípio, a Constituição Federal de 1988 contém normas nucleares do programa objeto de direitos fundamentais que estão sendo evidentemente violados, tais como: a proibição de tortura e

<sup>1317</sup> O STF, com base no princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CFB/88) – e no dever estatal de garantir o mínimo existencial aos presos, afirmou que “É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 ago. 2015.

tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX);<sup>1318</sup> e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º)<sup>1319</sup> e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).<sup>1320</sup>

Além disso, a pena privativa de liberdade consiste em uma restrição ao direito de ir e vir, mas deve ser conservado todos os direitos não abrangidos pela perda da liberdade, conforme dispõe a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 5º, XLIX, e o Código Penal, em seu art. 38,<sup>1321</sup> e a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais - LEP), em seu artigo 3º.<sup>1322</sup> A LEP, baseada nas regras mínimas para o tratamento dos presos da ONU,<sup>1323</sup> de 1955, estabelece,

<sup>1318</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLVII - não haverá penas:

(...)

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

<sup>1319</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>1320</sup> Uma das argumentações favoráveis à privatização dos presídios é em relação ao ambiente mais humanizado, com a prevalência de maior dignidade ao preso. Por outro lado, Minhoto contra argumenta que o efeito benéfico esperado do efeito demonstração da gestão privada sobre a administração pública nos presídios logo será superado e mesmo as prisões terceirizadas estariam às voltas com os mesmos problemas dos estabelecimentos públicos. “(...) notadamente a superpopulação, um regime disciplinar desumano e um contexto avesso às estratégias de reabilitação, minando assim a viabilidade dos próprios indicadores de qualidade fixados nos contratos” MINHOTO, Laurindo Dias. *As Prisões de Mercado. Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 55-56, 2002. p. 91.

<sup>1321</sup> “Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

<sup>1322</sup> “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

<sup>1323</sup> Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Ver: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>> Acesso no dia 25 ago. 2015.



em seu art. 41,<sup>1324</sup> como direito dos presos: a) alimentação suficiente e vestuário; b) proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; c) exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; d) assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; e) entrevista pessoal e reservada com o advogado; f) igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; dentre outros. Segundo o Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, a grande maioria dos estabelecimentos prisionais no Brasil não atende a nenhum desses requisitos assistenciais de forma satisfatória.<sup>1325 1326</sup>

A título de exemplo, em relação ao cuidado (descaso) do Estado com a saúde do preso, cabe citar o caso abaixo que ocorreu em Porto Alegre:

J.C. tinha 28 anos. No início de sua prisão, sua família buscava somente uma forma de reverter a situação que se formara quando de sua detenção: uma paralisia que lhe tirou o movimento das pernas. Desespero e conformação – nem um transplante de medula modificaria tal fato. Os apenados que se encontram sob a tutela do Estado, no Hospital Penitenciário de Porto Alegre (HPPA), sofrem muitas punições, além daquela imputada pela privação de liberdade: a doença persistente, devido ao local insalubre, o excesso de vigilância, resquício do motim de 1994, e, o mais cruel de todos, horário mais reduzido, ainda, no convívio com a família (15 minutos, uma vez por semana). Por diversas vezes, a mãe de J.C. esteve na, CCDH relatando que o filho

<sup>1324</sup> “Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;  
 II - atribuição de trabalho e sua remuneração;  
 III - Previdência Social;  
 IV - constituição de pecúlio;  
 V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;  
 VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;  
 VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;  
 VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;  
 IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;  
 X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;  
 XI - chamamento nominal;  
 XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;  
 XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;  
 XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;  
 XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.  
 XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.”

<sup>1325</sup> No Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional. Para subsidiar o julgamento, o relator designou audiência pública. Conforme notícia do sítio do Supremo, Sua Excelência declarou ter assistido a relatos que deram conta dos problemas graves do sistema carcerário brasileiro, vindo a concluir só haver três formas de alcançar soluções “para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 641.320/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 11 maio 2016.

<sup>1326</sup> Há ainda a Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), que fixa as regras mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

estava com lesões em sua pele, devido à permanência constante do corpo em uma mesma posição. A mãe aflita suplicava que o filho fosse transferido para um hospital “de verdade”, pois no local onde se encontrava, não iria sobreviver, tendo em vista que além da falta de atendimento adequado, J.C. estava muito deprimido. Sucessivos contatos telefônicos foram feitos com a direção do HPPA, tendo sido, inclusive, realizada uma visita da assessoria da CCDH ao Hospital, mantendo contato pessoal com o apenado. A resposta era sempre a mesma: o sistema penitenciário possui a cedência de, apenas, cinco vagas na rede hospitalar do Estado, sendo que somente os casos mais graves, por que não dizer os terminais, são encaminhados para preenchê-las. Finalmente, em 2 de dezembro de 1999, o quadro de J.C. foi considerado grave o suficiente para ser viabilizada sua transferência para o Hospital Conceição, haja vista o estado das lesões em sua pele – escaras. Não permaneceu muito tempo ocupando esta vaga, falecendo vinte dias depois, com infecção generalizada. Tal infecção estava tão avançada, que o Departamento de Medicina Legal (DML), após a realização do exame de necrópsia, não logrou êxito em costurá-lo: o corpo foi entregue à família com vários cortes longitudinais. A direção do HPPA buscou responsabilizar J.C. por seu fim trágico, afirmando que ele “não colaborava”, esfregando, também, suas próprias fezes em suas chagas. Após a apresentação dessas afirmativas, não foram respondidas à CCDH algumas indagações: como e com que regularidade era feita a manutenção/limpeza e troca de posição de J.C.? Como J.C., que não utilizava fraldas, tendo apenas uma sonda ligada a seu pênis, após defecar em sua cama, conseguia movimentar-se ou limpar-se, sem, inevitavelmente, sujar-se no próprio excremento?<sup>1327</sup>

Não obstante a gravidade relatada no caso acima, essa é uma situação corriqueira dos presídios brasileiros. Dessa forma, observa-se que há uma completa distorção entre a realidade do sistema prisional brasileiro (ordem do ser) e os direitos dos presos e deveres do Estado na prestação dessa atividade (ordem do dever-ser). Apesar de a ordem jurídica (dever-ser) ter como uma de suas finalidades alterar a realidade, com fulcro de buscar uma evolução social, a situação do sistema prisional não parece ter evoluído com o passar dos tempos. Pelo contrário, parece que a situação só faz se deteriorar a cada dia.<sup>1328</sup> E o sistema prisional passa a cumprir apenas uma função simbólica de fornecer uma “pseudo” sensação de justiça à sociedade e à vítima, mas sem nenhuma condição de cumprir sua finalidade de ressocialização nem de garantir os direitos dos presos previstos pelo ordenamento jurídico.

<sup>1327</sup> Ver: Relatório Azul 99/2000, p. 408-9. Disponível em <[http://www.al.rs.gov.br/Com/comissa.asp?id\\_comissao=46&id\\_comissaopai=&id\\_tipocomissao=1&id\\_comitem=pub](http://www.al.rs.gov.br/Com/comissa.asp?id_comissao=46&id_comissaopai=&id_tipocomissao=1&id_comitem=pub)>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

<sup>1328</sup> No Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes. O relator votou pela responsabilidade estatal, sendo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Em voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever de indenizar, apontando, contudo, o cabimento da remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia. O exame foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 580.252/MS. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em: 16 fev. 2017. Publicação em: 11 set. 2017). O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formalizou ação direta de inconstitucionalidade, de nº 5.170/DF, versando o mesmo tema. O pedido é de emprestar interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, a fim de ser declarada a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária. A relatora é a ministra Rosa Weber. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.170/DF. Relatora: Min. Rosa Weber).

### 7.1.2 Natureza jurídica da execução da pena

Após o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CFB/88), em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CFB/88), haverá uma sentença penal, condenatória ou absolutória. A sentença penal condenatória consiste em um título executivo para a concretização da pretensão punitiva do Estado. A execução da pena, conforme o art. 1º da Lei de Execução Penal, tem por objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Nesse sentido, a execução da pena possui conteúdo dinâmico. O juízo da condenação criminal continua a atuar nessa fase do processo, não só fiscalizando a atuação dos órgãos responsáveis pela atividade prisional, como também decidindo questões incidentais, *verbi gratia*, livramento condicional e progressão de regime.

Por outro lado, o Estado deve exercer o seu dever de punir o criminoso, sem, no entanto, restringir os demais direitos não atingidos pela sentença penal condenatória. Isso implica em um dever jurídico estatal de garantir e concretizar os direitos do preso, na forma como previsto pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, a execução da pena possui natureza jurídica complexa, que engloba tanto a função jurisdicional quanto a função administrativa. A natureza jurisdicional decorre de a execução da pena consistir em uma fase do processo penal, no qual o juízo pode intervir a qualquer momento, seja para garantir a observância do devido processo legal seja para fiscalizar, garantir e concretizar o direito dos presos e a atuação do Estado.

A natureza administrativa da execução penal pode ser observada sob dois aspectos: a natureza jurídica administrativa ampliadora de direitos e a administrativa restritiva de direitos.<sup>1329</sup> Enquanto aquela consiste na emanção de um ato com efeito positivo ao administrado, ou seja, com a finalidade de alargar a sua esfera jurídica, de forma a causar-lhe um efeito favorável; a natureza administrativa restritiva de direito ocasiona exatamente o inverso: um efeito negativo ao administrado, diminuindo-lhe sua esfera jurídica, causando-lhe gravame. Apesar de ambas serem o exercício da função administrativa do Estado, haverá peculiaridades que serão fundamentais para o deslinde da problemática a ser discutida.

---

<sup>1329</sup> Ver: PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direitos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

A natureza jurídica administrativa ampliadora de direitos diz respeito aos atos que possibilitam o fornecimento da estrutura material adequada para a custódia dos presos, tal como vestuário, alimentação, saúde, educação, instalações salubres, assistência jurídica, psicológica, religiosa etc. Por mais que estas sejam apenas atividades materiais, eles são precedidos de atos administrativos, decorrentes de processos administrativos, que possibilitam a concretização dessa atividade, tal como a licitação e compra de materiais e contratação de terceirizados ou nomeação de agentes públicos para realizar essa função.

Ademais, o artigo 44 ao art. 48 da Lei de Execução Penal dispõe sobre o poder disciplinar aplicado aos presos. Conforme o art. 44, a disciplina consiste “na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.” E conforme o art. 47,<sup>1330</sup> na execução da pena privativa de liberdade, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa. Esse poder disciplinar, apesar de poder influenciar na execução da pena, conforme dispõe o art. 48, parágrafo único,<sup>1331</sup> da LEP, tem natureza jurídica de função administrativa, embora restritiva de direitos, e deve, pois, obedecer ao regime jurídico administrativo.

A natureza jurídica complexa da execução da pena possui implicações relevantes quanto à discussão sobre a possibilidade da realização de Parceria Público Privada no sistema prisional. Cabe identificar e discutirmos quais dessas funções e atividades é exclusiva do Estado ou não. Caso a resposta acerca da possibilidade de realizar o contrato de PPP no sistema prisional seja positiva, passamos a questionar qual o limite e a forma a ser observada de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e em comparação com o estudo de outros países do mundo ocidental.

### **7.1.3 O sistema prisional: serviço público, poder de polícia ou poder disciplinar?**

Como vimos acima, o sistema prisional possui tanto atividades com natureza jurisdicional quanto administrativa. No que concerne àquelas com natureza administrativa, é fundamental questionarmos se correspondem ao exercício de um serviço público, ao exercício de um poder de polícia ou ao exercício do poder disciplinar do Estado.

---

<sup>1330</sup> “Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.”

<sup>1331</sup> “Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.”

A importância desse questionamento consiste na necessidade de subordinar a relação jurídica<sup>1332</sup> formada entre o preso e o Estado, no sistema prisional, ao instituto jurídico correspondente. Cada relação jurídica formada corresponderá a um determinado instituto e, por conseguinte, ao regime jurídico previsto pelo sistema jurídico para tanto.

Apesar de a noção sobre o instituto do serviço público já ter sofrido várias alterações no decorrer dos tempos,<sup>1333</sup> atualmente é possível traçar uma linha geral acerca das características desse instituto pela doutrina e jurisprudência.

<sup>1332</sup> Conforme afirma Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, toda relação jurídica subordina-se ao instituto jurídico correspondente, que está coligado ao sistema jurídico. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. (Vol. I). p. 421. Sobre relação jurídica, ver: Kelsen, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Kelsen, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; Bobbio, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995; Bobbio, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001; Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

<sup>1333</sup> A noção de serviço público nasceu na França, no início do século XX, com a escola do serviço público. Esta tinha como um dos seus principais expoentes o administrativista Léon Duguit; o qual defendia a tese de ser tal serviço a finalidade do Estado. O administrativista francês repudiava a idéia da soberania como qualidade por excelência do poder público. Dessa forma, o Estado consistiria em um conjunto desses serviços. (Ver MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. (Vol. I)). Duguit afirmava que serviço público “é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental”. (MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 528). Não obstante a concepção ampla adotada por Duguit, o seu pupilo Jêze advoga em um sentido mais restrito: o serviço público entendido como uma atividade ou organização do ente público, e não como seu fim último; e que a noção de serviço público consiste em um tipo de procedimento de direito público (Ver MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003). Os tribunais franceses adotaram a posição defendida por este último.

Adotando a ideia de assegurar o Estado, por meios jurídicos, determinados compromissos prestacionais ao público, as Constituições passaram a garantir tais serviços. A partir do final da segunda década do século XX, com maior ênfase nos anos e décadas seguintes, objetivando uma maior eficiência e a desburocratização das atividades públicas, começou-se a submeter os serviços prestados pelo ente público predominantemente econômicos ao regime privado, ao invés do regime público característico (Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006). Paradoxalmente, a substituição do Estado liberal para o Estado social fez crescer extraordinariamente o campo de atividades abarcadas pelo ente político (ver DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. Serviço postal: serviço público ou atividade econômica? **Âmbito Jurídico**, São Paulo, v. 68, p. 1-15, 2009; DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. **Agências reguladoras, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá, 2014). Ocorreu o que JEAN-LOUIS CORAIL chamou de “crise do serviço público”. Essa “crise” decorre de um duplo fenômeno, político e econômico, descrito por Luis Martín Rebollo (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 353):

“a aparição de atividades empresariais públicas de caráter industrial (que não se poderia dizer que fossem serviço público porque com respeito a elas o Estado se comportava como um particular) e a simultânea aparição de serviços até o momento considerados públicos que estavam geridos, não obstante, por entes privados.” Contudo, a noção permaneceu mas passou-se a admitir a prestação por entes privados nos serviços denominados públicos; dissociando-se da noção da prestação eminentemente estatal e de exclusivo regime público (MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 529). A passagem do Estado Intervencionista para o Estado Regulador, cujo princípio da subsidiariedade é uma das suas principais características, tem como um dos seus objetivos o processo de desestatização, a qual busca redefinir os limites do Estado. Com isso, questiona-se se há uma nova crise do serviço público. Há de se atentar, ainda, que não existe

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1334</sup> define serviço público como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (grifo nosso)

Na concepção de Hely Lopes,<sup>1335</sup> serviço público é

todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

A partir dos conceitos acima, podemos destacar alguns aspectos fundamentais da noção de serviço público: (a) aspecto subjetivo: o serviço público é prestado pelo Estado ou por quem lhes faça as vezes. Conforme preceitua o art. 175 da Constituição Federal Brasileira,<sup>1336</sup> a prestação indireta de serviços públicos deve se dar sob o regime de concessão e permissão, sempre através de licitação; (b) aspecto material: o serviço público visa a satisfação das necessidades coletivas, apesar de fruível singularmente; (c) aspecto formal: o serviço público deve ser prestado sob o regime jurídico de direito público, mesmo quando prestado por um particular; (d) aspecto teleológico: o serviço público é uma atividade material, pois tem por finalidade ampliar a esfera de direitos dos administrados, com o oferecimento de utilidade ou comodidade material.

O poder de polícia é a atividade jurídica que, com base na supremacia geral, tem por finalidade condicionar e limitar a liberdade e a propriedade do cidadão em prol de interesses da coletividade e do interesse público. O ordenamento jurídico brasileiro conceitua o poder de polícia no art. 78 do Código Tributário Nacional ao afirmar que

Considera-se poder de polícia a atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina de produção ou do mercado, ao exercício de atividades

---

serviço público por natureza. A qualificação de determinada atividade como serviço público é uma escolha política, que pode tanto estar disposta na Constituição de cada país, na lei, na jurisprudência e nos costumes presentes em um dado momento. GROTTI, Dinorá Adelaide. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

<sup>1334</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 659.

<sup>1335</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 330.

<sup>1336</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, ou à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Para Diógenes Gasparini,<sup>1337</sup> é a “atribuição que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social.”

O poder de polícia, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>1338</sup>

É a atividade (jurídica) da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo.

Conforme se depreende dos conceitos acima, podemos destacar algumas características fundamentais ao poder de polícia: (a) atividade jurídica: o poder de polícia é uma atividade jurídica, pois ocasiona uma restrição e/ou limitação de direitos dos administrados; (b) fundamento na supremacia geral da administração: nesta os poderes da administração extraem-se diretamente da lei (reserva legal e tipicidade), de forma a atingir a generalidade das pessoas, indistintamente, por meio de atos da Administração;<sup>1339</sup> (c) tem por finalidade proteger/resguardar o interesse público e coletivo concernente à segurança, higiene, ordem, costumes, disciplinas de produção ou do mercado etc.<sup>1340</sup>

O poder de polícia não se confunde com o poder disciplinar do Estado. Enquanto aquele tem por fundamento a supremacia geral da administração, este, a supremacia especial (ou relação especial de sujeição) da administração.<sup>1341</sup> Esta (a supremacia especial do Estado)

<sup>1337</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 473.

<sup>1338</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 541.

<sup>1339</sup> Ver VITTA, Heraldo Garcia. **Soberania do Estado e Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 94 e ss.

<sup>1340</sup> Ademais, Min. Mauro C. Marques, “As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o (i) CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); (ii) a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). (...) Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. “ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 817534. Relator: Min. Mauro Campbell. Julgamento em: 10 nov. 2009. Publicação em: 10 dez. 2009).

<sup>1341</sup> Conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “os atos encartados no âmbito das relações especiais de sujeição não se enquadram no campo do poder de polícia.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 816.

tem por finalidade dar eficácia e efetividade à organização e ao aparato da administração, no âmbito interno, com vistas ao seu bom funcionamento; enquanto o poder de polícia tem atuação no âmbito externo da administração.

A supremacia especial não possui o caráter de generalidade e abstração, pois diz respeito a “grupos menores” ou círculo de pessoas específicos, que irá demandar poderes específicos, exercitáveis, pela administração, dentro de certos limites, tal como os grupo universitário, esportivo, religioso etc.<sup>1342</sup> Neste caso, o particular ingressa (a) na esfera jurídica da administração, tal como ocorre com os concessionários de serviços públicos; (b) na esfera jurídica e material, como o gozo de determinados serviços públicos pelo administrado, de modo a ser necessário uma “especial disciplina mais acentuada.”<sup>1343</sup>

Ao analisar a execução da pena e as funções exercidas pelo Estado no sistema penitenciário, chegamos à conclusão que há uma natureza complexa (ou mista): ao mesmo tempo em que o Estado exerce a função jurisdicional, em razão de a execução da pena ser uma extensão/execução do processo penal, há a presença da função administrativa, primeiramente ao fornecer serviços que ampliar a esfera material de direitos dos presos, de modo a concretizar seus direitos reconhecimentos pelo ordenamento jurídico, bem como o exercício do poder disciplinar, tal como reconhecido pelos arts. 44 ao art. 48 da LEP.

Nesse sentido, podemos afirmar que, no sistema penitenciário, há a presença de um serviço público administrativo, em que há o oferecimento de utilidade ou comodidade material aos presos, bem como a Administração exerce o seu poder disciplinar, com base na supremacia especial (ou relação especial de sujeição).

## 7.2 A “PRIVATIZAÇÃO” DO SISTEMA PRISIONAL

Feitas as considerações acima, cabe analisar a possibilidade de delegação das funções presentes no sistema prisional aos particulares.<sup>1344</sup> Primeiramente, a função jurisdicional

<sup>1342</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 812.

<sup>1343</sup> VITTA, Heraldo Garcia. **Soberania do Estado e Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 63.

<sup>1344</sup> A primeira proposta formal para a privatização de presídios no Brasil foi realizada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), em janeiro de 1992, por intermédio da proposta de regras básicas para o Programa de Privatização do Sistema Penitenciário do Brasil, apresentada pelo seu então presidente, professor Edmundo Oliveira, e tinha exatamente como escopo: (a) Atender os preceitos constitucionais da individualização da pena e de respeito à integridade física e moral do preso; (b) Lançar uma política ambiciosa de reinserção social e moral do detento, destinada a confiar nos efeitos da reabilitação e a refrear a reincidência; (c) Introduzir, no sistema penitenciário, um modelo administrativo de gestão moderna; (d) Reduzir os encargos e gastos públicos; (e) Favorecer o desenvolvimento de salutar política de prevenção da criminalidade, mediante a participação



corresponde a uma função de soberania, exclusiva do Estado e, portanto, indelegável. A função jurisdicional corresponde à decisão sobre a restrição da liberdade do cidadão, que, por imperativo do Estado Democrático de Direito, só pode ser exercido pelo próprio Estado. E ainda: a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê, dentre as garantias fundamentais do cidadão,<sup>1345</sup> o princípio do juiz natural, conceituado no art. 5º, XXXVII e LIII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

No sistema prisional, o juízo da condenação criminal continua a atuar tanto na fiscalização dos órgãos responsáveis pela atividade prisional quanto em questões incidentais, como a progressão do regime e o livramento condicional. Se a função jurisdicional é exclusiva do Estado, a mera atuação material de fornecer informações ao juízo, como relatórios, imagens etc., não possuem essa exclusividade.

Quanto à possibilidade de delegação da função administrativa, cabe analisar em quais atividades há o poder do emprego da força (poder de autoridade e de coerção), bem como quais competências a LEP e a Lei de Processo Administrativo Federal estabelecem como exclusivas do Estado. A LEP prevê, para os estabelecimentos penais, a atuação de um diretor e um quadro de pessoal que “será organizado em diferentes categorias funcionais, segundo as necessidades do serviço” (art. 76 da LEP). O importante para discutirmos a possibilidade de delegação é sabermos que tipos de competências esses servidores terão, sendo vedada delegação de funções que exerçam a força, seja a força coercitiva direta seja através do poder de autoridade.

---

organizada da comunidade nas tarefas de execução da pena privativa da liberdade; (f) Aliviar, enfim, a dramática situação de superpovoamento, no conjunto do parque penitenciário nacional.

<sup>1345</sup> As garantias fundamentais (ou garantias clássicas) não se confundem com os direitos fundamentais, pois enquanto estes consistem na própria finalidade do Direito, aquelas são apenas instrumentos, meios de proteção dos direitos. Embora as garantias possuam o caráter instrumental de proteção dos direitos fundamentais, elas também são direitos do cidadão (direito-garantia). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396. José Afonso da Silva classifica as garantias constitucionais em: (a) garantias gerais: elas forma a estrutura que permitem a existência dos direitos fundamentais, bem como formam a estrutura de uma sociedade democrática e contribui para a concepção do Estado Democrático de Direito. Elas são “destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar de condições econômico-sociais, culturais e políticas” que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. (b) e as garantias constitucionais: que consiste na própria tutela constitucional dos direitos fundamentais, através das suas instituições, determinações e procedimentos, para os casos de inobservância e de “reintegração”. Elas dividem-se em: (b.I) garantias constitucionais gerais: proíbem abusos de poder e todas as formas de violação, através dos mecanismos de freio e contrapesos dos poderes, tais como a legalidade (art. 5º, II, CF/88) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88); e (b.II) as garantias constitucionais específicas: “são prescrições constitucionais estatuidando técnicas de mecanismos, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial”. Notadamente, elas atuam como meio de defesa do cidadão quando um direito fundamental ou uma garantia constitucional geral é transgredida, tais como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o habeas data (art. 5º, LXXII, CF). SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 188-189.

O diretor do presídio, conforme a LEP, tem o dever de presidir a Comissão Técnica de Classificação (art. 7º),<sup>1346</sup> cuja competência é de classificar os condenados “segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (art. 5) e “elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.” É de competência do diretor ainda a suspensão e restrição de direitos dos presos (art. 41, parágrafo único)<sup>1347</sup>, aplicar as sanções disciplinares (art. 54)<sup>1348</sup>, comprovar o bom comportamento carcerário para efeitos de progressão de regime (art. 112)<sup>1349</sup> e permitir a saída dos condenados nos casos previstos no art. 120 da LEP (parágrafo único do art. 120).<sup>1350</sup>

Como observa-se no parágrafo anterior, o diretor do presídio exerce função típica do Estado, as quais não podem ser delegadas por possuir poder de decisão sobre a restrição de direitos e limitação da liberdade dos particulares (poder de autoridade). A declaração de vontade do Estado, emanada através de atos administrativos emitidos pelo diretor do presídio, deve obedecer a um regime jurídico de direito público. E, portanto, é próprio dos ocupantes de cargos públicos, que ingressam na carreira através de concurso público (art. 37, inc. I e II, da CFB/88) ou, de forma excepcional, nas formas previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988, especificamente o art. 37, inc. V.

A privatização do sistema prisional implica em um contrato em que o particular, em colaboração com a Administração Pública no exercício das suas funções, possuirá uma função pública, que será exercida, em regra, sob o regime jurídico de direito privado. O diretor do estabelecimento penal exerce, portanto, atividade que deve ser prestada sob o regime jurídico de direito público, por pessoas ocupantes de cargos públicos; e, por conseguinte, indelegáveis.

---

<sup>1346</sup> “Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.”

<sup>1347</sup> “Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

<sup>1348</sup> “Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.”

<sup>1349</sup> “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

<sup>1350</sup> “Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:  
I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;  
II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.”

Esse entendimento pode ser extraído também do art. 29 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos de 1955 da ONU,<sup>1351</sup> quando afirma que as questões referentes às sanções, especificamente a sua aplicação, devem ser emanadas por autoridade administrativa competente. As demais atividades, por conseguinte, não são exclusivas da autoridade administrativa competente e podem, assim, ser delegadas a particulares.

A Lei nº 9.784, de 22 de janeiro de 1999,<sup>1352</sup> dispõe em seu art. 12 sobre a possibilidade de delegação de competência, a qual deverá ser conveniente, em razão de “circunstancias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.” O art. 13 da Lei de Processo Administrativo Federal dispõe sobre as competências indelegáveis, e dentre elas está “as matérias de competência exclusiva do órgão ou entidade” (art. 13, inc. III). E a LEP elencou as competências exclusivas a serem exercidas pelo diretor do presídio.

Em sentido contrário, podemos entender que no exercício da função administrativa, as atividades, que envolvam a função pública que não seja de emitir atos administrativos ou aplicação do uso direto da força, podem ser delegadas. Ou seja, todas as atividades instrumentais, materiais ao bem funcionamento do sistema prisional, tais como a alimentação, assistência médica, odontológica, psicológica etc., bem como a própria construção do presídio podem ser delegadas aos particulares, desde que obedeçam aos requisitos constitucionais e legais. Está incluído dentro deste âmbito de atividades, inclusive, o gerenciamento do sistema de segurança interno do sistema prisional, como, por exemplo, o controle de câmeras de segurança.

É possível a delegação do Estado ao particular (comunidade) da gestão do sistema prisional, desde que seja mantido com o Poder Público o exercício da função jurisdicional, a do cargo de diretor e qualquer outro cargo que, por ventura, atue na emissão de atos administrativos e no exercício direto do uso da força. Ou seja, é inviável juridicamente a delegação que envolva a função do diretor e o pessoal da guarda de prisões que detém “*enormous coercive powers*” sobre os presos.

Por essa razão, não é possível adotarmos o modelo de gestão global privada de presídios, tal como ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra. Esse modelo foi consolidado nesses países desde a década de 80, com o objetivo de diminuir os custos para o erário público

---

<sup>1351</sup> “Art. 29. Os seguintes pontos devem ser determinados por lei ou regulamentação emanada da autoridade administrativa competente:

a) A conduta que constitua infração disciplinar;  
b) O tipo e a duração das sanções disciplinares que podem ser aplicadas;  
c) A autoridade competente para pronunciar essas sanções.”

<sup>1352</sup> Lei de Processo Administrativo Federal.

e garantir uma melhoria na qualidade do produto ou serviço. Embora seja uma experiência que tenha alcançado enorme sucesso no mundo anglo saxão, não há como implementarmos de tal forma na nossa realidade, por violar imperativos jurídicos fundamentais.

Por outro lado, a Lei de Execução Penal prevê que haja colaboração entre o poder público e a sociedade<sup>1353</sup> na gestão do sistema prisional ao dispor em seu art. 4º que “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.”<sup>1354</sup> Se há funções que são indelegáveis, as demais funções presentes no sistema prisional não só podem ser delegadas como também a sua delegação representaria um fortalecimento do princípio da democracia (participativa), do princípio republicano e – conforme demonstra a experiência pátria e internacional – do princípio da eficiência.

O Plano Nacional de Segurança Pública, publicado no ano 2000, prevê no compromisso nº 13 o aperfeiçoamento do sistema penitenciário:

Propõe-se o incremento da aplicação de penas alternativas, a abertura de 25 mil vagas no sistema penitenciário, por meio de presídios que atendam as necessidades de cada região e com a construção, pela primeira vez no Brasil, de penitenciárias federais. Nessa questão é importante levar em conta experiências de sucesso das parcerias com a comunidade, o trabalho e a educação do preso, assim como a terceirização de alguns serviços penitenciários menos relevantes. Parte nuclear do problema a ser enfrentado está na carência de pessoal penitenciário treinados especialmente para exercer suas tarefas.

Nesse sentido, as funções delegáveis aos particulares são as funções secundárias no sistema prisional, tal como a construção de estabelecimentos, a prestação de serviços de saúde, educação, transporte, alimentação, apoio psicológico e médico e etc. Há, ainda, a possibilidade de serem delegadas as atividades materiais ou instrumentais das funções indelegáveis, tal como os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal destinados a instruir as decisões, seja judicial ou administrativa.

Ora, se a função jurisdicional e de autoridade são indelegáveis, as atividades materiais ou instrumentais a auxiliarem na sua realização não o são e, portanto, podem ser transferidas ao exercício pelo particular, como, por exemplo, a operação do sistema de câmaras dos

<sup>1353</sup> Para Luiz Flávio Borges D’urso, “a privatização prisional é tão-somente chamar e admitir a participação da sociedade, da iniciativa privada, que viria a colaborar com o Estado nessa importante e arriscada função, a de gerir nossas unidades prisionais”. D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 72

<sup>1354</sup> MOURA, Viviane Braga de. **As Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/Monografia\\_Viviane%20Braga%20de%20Moura.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/Monografia_Viviane%20Braga%20de%20Moura.pdf?sequence=1)>. Acesso em 20 jul. 2015. p. 64.

presídios, a informação sobre os reclusos e o registro de atividades etc. Essa questão já foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 817534, quando se discutiu a possibilidade (ou não) da delegação do poder de polícia. Embora não haja a atuação do poder de polícia no sistema prisional, a discussão sobre a sua indelegabilidade envereda pelo mesmo caminho e com os mesmos fundamentos da questão ora debatida no presente capítulo. Naquele caso, o Ministro do STJ Mauro C. Marques afirmou que

As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.

No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o (i) CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); (ii) a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 817534. Relator: Min. Mauro Campbell. Julgamento em: 10 nov. 2009. Publicação em: 10 dez. 2009)<sup>1355</sup>

No entanto, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende no sentido oposto.<sup>1356</sup> Conforme este órgão, não é possível haver a privatização do sistema penitenciário brasileiro, sejam as atividades exclusivas do Estado sejam as atividades técnicas, materiais, instrumentais, em razão de compor os “requisitos da avaliação do mérito dos condenados”. *In verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 08, de 09 de Dezembro de 2002.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, no uso de suas atribuições legais, Considerando a decisão unânime tomada na Reunião realizada em São Paulo, nos dias 9 e 10 de dezembro de 2002, oportunidade na qual culminaram as discussões a respeito da proposta de Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro, apresentada em janeiro de 1992; Considerando decisão já firmada por este Colegiado no Processo SAL n. 08027.000152/00- 71, de Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro; Considerando propostas legislativas a respeito do tema;

<sup>1355</sup> Diógenes Gasparini, de forma similar, afirma que “Não se imagine violada a indelegabilidade da atribuição de polícia com a execução de atividades materiais prévias e indispensáveis à formalização do ato de polícia por empresas particulares, que alugam e operam certos equipamentos destinados, por exemplo, à fiscalização de trânsito. Nesse caso, nem sequer se trata de delegação da atribuição de polícia, na medida em que a empresa é apenas, por contrato, prestadora de serviço à Administração Pública.” GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 187.

<sup>1356</sup> Para uma crítica à terceirização do sistema penitenciário, ver: TOURINHO, Rita. A Atuação do Ministério Público no combate à terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 13, fev./abr. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13 dez. 2018.

Considerando que as funções de ordem jurisdicional e relacionadas à segurança pública são atribuições do Estado indelegáveis por imperativo constitucional;  
Considerando a incompatibilidade entre, de um lado, os objetivos perseguidos pela política penitenciária, em especial, os fins da pena privativa de liberdade (retribuição, prevenção e ressocialização) e, de outro lado, a lógica de mercado, ínsita à atividade negocial;

RESOLVE:

Art. 1º – *Recomendar a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro.*

Art. 2º - Considerar admissível que os serviços penitenciários não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, possam ser executados por empresa privada.

Parágrafo único: *Os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica; médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.*

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, e em especial a Resolução n. 01/93, de 24 de março de 1993, deste Conselho. (grifo nosso).

Data vênia, não cabe discutirmos a “recomendação”, mas apenas frisar a possibilidade, do ponto de vista da dogmática jurídica, da delegação à sociedade das atividades que não forem exclusivas da prestação pelo Estado, conforme vimos afirmando no presente estudo.

Ademais, a argumentação de que os serviços técnicos são indelegáveis em face de compor os “requisitos de avaliação do mérito dos condenados”, ao nosso ver, não se sustenta.<sup>1357</sup> Ora, conforme demonstramos acima, fazendo uma analogia com o poder de polícia, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que podem ser delegadas as atividades materiais e instrumentais ao poder de polícia. Qual seria a diferença desta delegação para a delegação dos serviços técnicos e materiais do sistema penitenciário? Qual o exercício de força realizado nestas atividades? O particular vai apenas fornecer informações para a decisão que será tomada pelo Estado. Cabe à administração pública fiscalizar a atuação do particular. Não vemos, portanto, nenhuma impossibilidade em o Estado, a partir de um juízo discricionário, delegar essas atividades. Se prevalecesse entendimento contrário, o Estado não poderia, por exemplo, delegar qualquer atividade técnica preparatória a um ato administrativo, como é o caso da autorização de carteiras de motoristas ou a renovação destas, que, comumente, são prestadas por profissionais privados. A impossibilidade jurídica está em o Estado delegar o uso da força ou da emissão do ato administrativo; e não as atividades materiais e instrumentais.

<sup>1357</sup> Por outro lado, Rita Tourinho defende que as funções de diretor, chefia de serviços e de assessoramento técnico, além do cargo de agente penitenciário, devem ser exercidos por agentes públicos, não sendo passíveis de delegação. TOURINHO, Rita. A Atuação do Ministério Público no combate à terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 13, fev./abr. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13 dez. 2018. p. 5.

Em Portugal, em 2004, o Ministério da Justiça criou Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, cujo Presidente da Comissão era Diogo Freitas do Amaral, e o resultado final foi o “AnteProjeto da Proposta de Lei-Quadro da Reforma do Sistema Prisional”<sup>1358</sup>. A projeto tinha por objetivo a reforma do sistema prisional português, tendo como um dos objetivos principais “a abertura dos modos de funcionamento dos estabelecimentos prisionais à participação de entidades privadas, sem prejuízo da reserva ao Estado do exercício dos poderes de direcção, autoridade e fiscalização” (Art. 2º Objectivos da Reforma), cujo art. 34º<sup>1359</sup> descreve as competências exclusivas do Estado.

Em suma, entendemos que no sistema prisional há uma complexidade de funções e atividades administrativas. Embora a delegação seja uma concretização do princípio republicano e no princípio da democracia, de forma a fortalecer a participação da comunidade na gestão da coisa pública, bem como garantir uma maior eficiência da Administração na busca do interesse público, as funções de soberania e as funções que exerçam poder coercitivo e de autoridade não podem ser delegadas. Com exceção destas, as demais funções e atividades podem ser delegadas aos particulares.

### 7.3 A PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NA GESTÃO DE PRESÍDIOS

Após defendermos o entendimento da possibilidade de delegação de determinadas funções necessárias ao (bom) funcionamento da gestão do presídio, cabe discutirmos a forma de vínculo a ser firmado na relação jurídica contratual entre o Estado e o particular.

<sup>1358</sup> Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comissao-de-estudo-e/downloadFile/attachedFile\\_1\\_f0/Lei\\_sistema\\_prisional.pdf?nocache=1205856345.98](http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comissao-de-estudo-e/downloadFile/attachedFile_1_f0/Lei_sistema_prisional.pdf?nocache=1205856345.98)>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>1359</sup> “Artigo 34.º

Competências exclusivas do Estado

1- No âmbito do sistema prisional, não poderão ser entregues ao sector privado, por serem da competência exclusiva do Estado:

- a) A direcção dos estabelecimentos prisionais;
- b) A execução das penas e medidas privativas da liberdade, incluindo a elaboração, aplicação e coordenação dos planos individuais de readaptação social;
- c) O exercício das funções de segurança que àquele sistema compete garantir;
- d) A articulação directa com os tribunais, bem como com outras entidades e serviços públicos que devam colaborar na execução das penas e medidas privativas da liberdade;
- e) A fiscalização das actividades privadas desempenhadas nos termos de acordos de execução mista ou de parcerias público-privadas.

2- Consideram-se acordos de execução mista todos aqueles que confiem a entidades privadas, sob a fiscalização do Estado, o exercício corrente de actividades dos estabelecimentos prisionais que, não sendo reservadas ao Estado nos termos do número anterior, sejam por ele desempenhadas em cooperação com aquelas entidades. (...).”

### 7.3.1 As parcerias público-privadas: sentido amplo e estrito

Conforme demonstrado nos itens anteriores, há uma tendência de privatização da Administração Pública, a qual esta transfere a particulares funções e atividades com vista a melhor atender o interesse público. Na delegação da execução de determinados serviços, a administração “convida” o particular a contribuir com vistas a concretizar a finalidade pública, de modo a alcançar uma atuação mais eficiente e tornar-se mais democrática. Assim, parceria público-privada, em seu sentido amplo, consiste em toda relação em que o particular irá atuar de forma colaborativa à Administração Pública na prossecução do interesse público.

A parceria público-privada, em sentido amplo, corresponde a todo e qualquer

Ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com um particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem-estar da sociedade<sup>1360</sup>.

Já a Parceria Público-Privada, em sentido estrito, corresponde ao contrato administrativo de concessões especiais previstas na Lei nº 11.079/04 (Lei Geral das PPPs), mais especificamente a concessão patrocinada ou administrativa. A concessão patrocinada

É a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04).

E a concessão administrativa é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.” (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04).<sup>1361</sup>

Dessa forma, a concessão comum, prevista pela Lei nº 8.987/95, não constitui parceria público-privada, em sentido estrito (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04). Este tipo de concessão é o contrato administrativo cujo particular assumirá a prestação de determinado serviço público por sua conta e risco. Ressalta-se que, conforme o art. 1º<sup>1362</sup> da Lei nº 8.987/95,<sup>1363</sup> as

<sup>1360</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 466.

<sup>1361</sup> Sobre as Parcerias Público Privadas, ver: WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>1362</sup> “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

<sup>1363</sup> “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.”



concessões comuns têm por finalidade a prestação apenas dos serviços públicos econômicos, regidos pelo art. 175 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por outro lado, ainda é possível a utilização da contratação de entidades privadas para a realização de obras e prestação de serviços no sistema prisional sob o regime jurídico da Lei nº 8.666,<sup>1364</sup> de 21 de junho de 1993 ou da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.<sup>1365</sup>

Primeiramente, a Lei nº 8.666,<sup>1366</sup> de 21 de junho de 1993 possibilita a contratação de obras e serviços com terceiros, desde que precedido de licitação. Entretanto, esta lei dispensa a licitação para a construção, ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública (art. 24, inc. XXXV, da CF/88). No caso, em relação à Lei nº 8.666/93, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1367</sup> afirma que

Nos simples contratos de prestação de serviço o prestador do serviço é simples executor material para o poder público contratante. Dai que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de conseguinte, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado – e o faz para si próprio – é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material.

Ademais, na hipótese da Lei nº 8.666/93 o investimento é público, de modo que o Estado assume todo o risco. Assim, em situações em que o Estado não possui mais capacidade de investimento – realidade da maioria dos estados brasileiros – esse regime torna-se inviável; de modo que há quase que um direcionamento para a utilização da concessão especial.

<sup>1364</sup> Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

<sup>1365</sup> Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998.

<sup>1366</sup> Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

<sup>1367</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 423.

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC),<sup>1368</sup> instituído pela Lei nº 12.462/2011,<sup>1369</sup> também possibilita a sua aplicação para as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1º, inc. VI, incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) e para as ações no âmbito da segurança pública (art. 1º, inc. VII, incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).<sup>1370</sup>

### 7.3.2 A concessão comum, patrocinada e administrativa

Primeiramente, conforme afirmarmos no item anterior, a concessão comum, disciplinada pela Lei nº 8.987/95, a Administração Pública transfere a um particular a execução de um determinado serviço público econômico (art. 175 da CFB/88), específico e divisível, a ser prestado por sua conta e risco, cuja remuneração é realizada através de tarifas, pagas pelos usuários dos serviços. Isto posto, percebe-se a impossibilidade de utilização deste instrumento para a gestão do sistema penitenciário em virtude de a concessão do serviço público ser remunerado através do pagamento direto pelos usuários (os presos), por meio de tarifas.<sup>1371</sup>

Por outro lado, há as concessões especiais, disciplinadas pela Lei nº 11.079/04, quais sejam: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.<sup>1372</sup> A concessão patrocinada

<sup>1368</sup> O RDC foi instituído como uma tentativa de diminuir a burocracia instituída pela lei geral de licitação, a lei nº 8.666/93, bem como garantir uma maior liberdade na contratação.

<sup>1369</sup> “Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998.”

<sup>1370</sup> “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

(...)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;

VII - das ações no âmbito da segurança pública;

(...)”

<sup>1371</sup> TOURINHO, Rita. A Atuação do Ministério Público no combate à terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 13, fev./abr. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13 dez. 2018.

<sup>1372</sup> Conforme Carlos Ari Sunfeld, “a característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir.” SUNFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista do TCU**, Brasília, a. 36, n. 104, abr./jun. 2005. p. 55

É a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04).

A concessão patrocinada diferencia-se da concessão comum unicamente por acrescentar a este instituto a contraprestação pecuniária do concessionário. Assim, da mesma forma que a concessão comum, não é possível a sua utilização para a gestão dos presídios por exigir uma contraprestação pecuniária dos usuários do serviço prestado.

A concessão administrativa, por sua vez, é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.” (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04). O cerne dessa previsão legal é conceber alternativas de financiamento privado para a implantação, expansão e recuperação da infraestrutura pública. Assim, evita gerar endividamento estatal por meio de contratos meramente financeiros, com a consequente contratação de empreitada para a execução de obra e, ao final, a assunção da infraestrutura pela própria Administração.<sup>1373</sup>

Esse instituto contratual tem por objeto o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será usuária direta ou indireta dos serviços. Esse contrato diferencia-se dos contratos regidos pela Lei de Licitação (Lei nº 8.666/94) por incluir a realização pelo concessionário de um investimento mínimo de R\$ 10 milhões (dez milhões) (art. 2º, § 4º, I, da Lei da PPP)<sup>1374</sup> na criação, ampliação ou recuperação, por meio da execução de obra ou do fornecimento de bens (art. 2º, § 2º, da Lei da PPP),<sup>1375</sup> de infraestrutura necessária aos serviços,<sup>1376</sup> que serão prestados com base nela por ao menos cinco anos (art. 2º, § 4º, II, da Lei

<sup>1373</sup> SUNFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista do TCU**, Brasília, a. 36, n. 104, abr./jun. 2005. p. 60.

<sup>1374</sup> “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

(...)

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);”

<sup>1375</sup> “Art. 2º (...)

(...)

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

<sup>1376</sup> Conforme Carlos Ari Sundfeld, “A concessão administrativa também não poderá restringir-se à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III), que é característica do contrato de obras da Lei de Licitações. É certo que a concessão administrativa poderá incluir a obra (art. 2º, § 2º), mas dois outros requisitos deverão estar presentes: o concessionário deverá fazer investimento de ao menos R\$20 milhões e, pronta a infra-estrutura, ela deverá ser usada para a prestação de serviços por um período de ao menos cinco anos (art. 2º, § 4º, II). Esses requisitos não existem nos meros contratos de obras. As exigências de prestação de serviços por um tempo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7º) – não, portanto, à execução de parcelas de obras – impede que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do

da PPP) e no máximo por 35 anos (art. 5º, I, da Lei da PPP). Esse patrimônio será do concessionário enquanto vigente a concessão administrativa e não amortizado o investimento; o qual, se previsto no instrumento contratual, será revertido ao poder concedente ao final do contrato (art. 3º, caput, da Lei da PPP,<sup>1377</sup> c/c arts. 18, inc. X,<sup>1378</sup> e 23, inc. X,<sup>1379</sup> da Lei nº 8.987/95).

A Lei da PPP previu a complexidade como característica indispensável ao objeto desse contrato, de forma a não se confundir com qualquer contrato regido pela Lei de Licitação (Lei nº 8.666/93). Isso significa que a concessão administrativa não se confunde com um simples contrato de prestação de serviço, haja vista incluir a realização de investimentos pelo concessionário para a criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5º, I, da Lei da PPP), em montante de ao menos R\$ 10.000.000,00 (dez milhões).

Na definição da concessão administrativa, ficou implícito, ainda, no art. 2º, § 2º, que a remuneração do concessionário estará a cargo da administração, por ser ela a usuária direta ou indireta dos serviços; e não dos administrados.<sup>1380</sup> A remuneração dependerá da fruibilidade dos resultados (art. 6º, parágrafo primeiro e art. 7º)<sup>1381</sup>, não derivando automaticamente da execução da prestação (arts. 4º, VI e 5º, III).<sup>1382</sup>

---

empreiteiro.” SUNFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista do TCU**, Brasília, a. 36, n. 104, abr./jun. 2005. p. 59.

<sup>1377</sup> “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.”

<sup>1378</sup> “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

(...)”

<sup>1379</sup> “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

X - aos bens reversíveis;

(...)”

<sup>1380</sup> SUNFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista do TCU**, Brasília, a. 36, n. 104, abr./jun. 2005. p. 60.

<sup>1381</sup> “Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

(...)

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

(...)

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”

<sup>1382</sup> “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

(...)

O instituto da concessão administrativa é, pois, uma fórmula contratual de obtenção de serviços para a Administração Pública (art. 2º, § 1º, da Lei da PPP). Ou seja, ele tem como um dos objetivos possibilitar a obtenção de serviços para o Estado: o particular investe financeiramente na criação da infraestrutura pública necessária a existência do serviço e ajuda ou executa o serviço. Assim, embora a Administração defina o objeto e modo de prestação do serviço, não precisa fazê-lo exaustivamente, podendo deixar liberdade quanto ao detalhamento e aos meios a empregar (art. 3º, caput, da Lei da PPP, c/c art. 25 da Lei das Concessões Públicas<sup>1383</sup>).

Por fim, observa-se que a própria Lei da PPP, em seu art. 4º, inc. II, veda a delegação “das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.”

Em suma, apesar de não ser necessário haver esse dispositivo, por ser uma decorrência do Estado Democrático de Direito e da interpretação constitucional, a lei da PPP reforça a ideia de indelegabilidade de funções exclusivas do Estado (art. 4º, inc. III)<sup>1384</sup>. Não pode, portanto, conforme afirmamos nos itens anteriores, a delegação aos particulares do exercício da função jurisdicional e da função administrativa com exercício global da força, coerção ou autoridade. As demais atividades públicas, inclusive as atividades materiais e instrumentais às funções elencadas como indelegáveis, podem ser delegadas aos particulares no contrato de parceria público-privada.

### 7.3.3 A Associação de Proteção e Assistências do Condenado (APAC)

Em 1972, um grupo de estudantes, sob a liderança de Mário Ottoboni, prestava assistência religiosa e dava assistência moral aos detentos da Cadeia Pública de São José dos Campos/SP. Ottoboni relata que a ideia original era mitigar as inúmeras e progressivas aflições vividas pela população, de modo a ressocializar os presos, devolvendo-os o respeito, e garantir

---

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;”

<sup>1383</sup> “Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.”

<sup>1384</sup> “Art. 4o Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;”

uma maior proteção à sociedade.<sup>1385</sup> A base para a reintegração do preso à sociedade é a reconstituição da família e do trabalho honesto, além do aspecto espiritual. Para a concretização desse objetivo, Ottoboni requereu o auxílio do juiz de execuções e corregedor do Presídio local – e seu professor à época –, o sr. Silvio Marques Neto. Assim, em 1974 foi oficializado o Estatuto Social na Assembleia de Fundação da Entidade, que inicialmente foi chamada de Associação de Proteção e Assistência Carcerária. Posteriormente, em razão de o Brasil ser signatário de diversas convenções internacionais e do termo “carcerário” soar pejorativo, a entidade passou a denominar-se “Associação de Proteção e Assistência aos Condenados”, sem mudar, contudo o objetivo e objeto de atuação, cujo lema é “Amando o Próximo (ou o preso), Amarás a Cristo”<sup>1386</sup>.

A APAC é uma entidade civil de direito privado, com patrimônio e personalidade jurídica próprios, não governamental e sem fins lucrativos, regido pelo regime jurídico de direito privado.<sup>1387</sup> Ela tem autonomia jurídica, administrativa e financeira<sup>1388</sup> e possui como objetivo a recuperação e ressocialização do preso.

O método da APAC consiste resgatar o humano por trás do crime, por meio da valorização humana, do trabalho, o respeito, ordem e envolvimento da família do sentenciado. A sua filosofia é “matar o criminoso e salvar o homem!” Ottoboni<sup>1389</sup> afirma que

Enquanto o sistema penitenciário praticamente – existe exceções – mata o homem e o criminoso que existe nele, em razão de suas falhas e mazelas, a APAC propugna acirradamente por matar o criminoso e salvar o homem. Por isso, justifica-se a filosofia que prega desde os primórdios de sua existência: “matar o criminoso e salvar o homem”.

Conforme o fundador da instituição,<sup>1390</sup> a APAC traz proteção à sociedade. Ele explica o porquê da aplicação do modelo alternativo da seguinte forma:

<sup>1385</sup> Ver: OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. 2. ed. São Paulo, Cidade Nova, 2001; e OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001. Além disso, ver também: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>1386</sup> MARQUES NETO, Silvio. Do condenado e do Internado. In: SILVA, Jane Ribeiro. (Org.). **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012. p. 27-28.

<sup>1387</sup> D’AGOSTINI, Caroline Trevisol; RECKZIEGEL, Roque Soares. O Método APAC e a Humanização do Sistema Penitenciário Brasileiro. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, a. 16, v. 95, p. 09-32. dez. 2016. Bimestral.

<sup>1388</sup> Ver: FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. **APAC: sistematização de processos**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016.

<sup>1389</sup> OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001.

<sup>1390</sup> OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001. p. 29.

Por que o método? Porque se trata de uma metodologia que rompe com o sistema penal vigente, cruel em todos os aspectos e que não cumpre a finalidade da pena: prepara o condenado para ser devolvido em condições de conviver harmoniosamente e pacificamente com a sociedade. O método cuida em primeiro lugar da valorização humana da pessoa que errou e que, segregada ou não, cumpre pena privativa de liberdade.

A Cartilha “Projeto Novos Rumos na Execução Penal”, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, explica que na APAC não há remuneração para ajudar ou receber os condenados. Essa instituição recebe contribuições dos seus sócios por meio de promoções sociais, parcerias e convênios com o Poder Público, instituições educacionais e outras entidades, além de auxílio de institutos e organizações não-governamentais e captação de recursos junto a outras fundações.<sup>1391</sup> Roque Soares Reckziegel e Caroline Trevisol D’agostini enfatizam a importância da participação da comunidade no bom funcionamento da instituição, em virtude da ausência de auxílio no Estado, quanto à segurança e atividades internas.<sup>1392</sup>

O método da APC inclui a participação voluntária da comunidade local na direção da associação e assistência do detento, incluindo toda a prestação material, seja odontológica, médica, psicológica, espiritual etc. Na APAC, afirma-se que os elementos fundamentais para a sua efetivação são a participação da comunidade, ajuda mútua entre os detentos, valorização humana, integração da família, religião, trabalho, assistência jurídica, trabalho voluntariado e sua formação, centro de reintegração social, a obtenção de benefícios por mérito e a jornada de libertação em Cristo.

Valdeci Ferreira e Mário Ottoboni ensinam que uma das diferenças entre a APAC e o sistema prisional comum é que naquele os próprios presos, denominados recuperandos, são corresponsáveis por sua recuperação.<sup>1393</sup> Segundo estes, por se tratar de um método de recuperação de preso pode ser aplicado em qualquer estabelecimento penal, seja este administrado com ou sem agente público concursado. O objetivo seria a eficiência nos resultados alcançados. Ainda, ao contrário do sistema penitenciário comum, cujo cumprimento da pena é centralizado, a APAC prioriza a descentralização dos presídios por meio do

<sup>1391</sup> Cartilha Projeto Novos Rumos na Execução Penal, TJMG- 3ª Vice-Presidência, maio de 2009. Conceito. In: **Revista do Direito Penal e Criminologia**, v. 34, Rio de Janeiro: Forense, junho/dezembro.

<sup>1392</sup> D’AGOSTINI, Caroline Trevisol; RECKZIEGEL, Roque Soares. O Método APAC e a Humanização do Sistema Penitenciário Brasileiro. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, a. 16, v. 95, p. 09-32. dez. 2016. Bimestral. Luiz Carlos Rezende e Santos afirma que a comunidade deve participar ativamente na rotina do estabelecimento prisional, por meio de lições, exemplos e discussões diversas, as quais demonstrarão aos recuperandos um novo rumo ao sair do sistema penitenciário. SANTOS, Luiz Carlos Rezende e. Da assistência – Os Artigos 10 e 11 da LEP: O Método APAC e seus Doze Elementos. In: SILVA, Jane Ribeiro. (Org.). **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012. p. 353.

<sup>1393</sup> FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. **APAC: sistematização de processos**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016.

cumprimento da pena em prisões de pequeno porte, de modo que cada comunidade assuma sua população prisional.

Ressalta-se que a finalidade inicialmente da APAC não seria a gestão de presídios. Entretanto, em 1983, foi detectado diversos problemas administrativos com a segurança do presídio de São José dos Campos, o que abriu espaço para a APAC assumir a sua gestão. Assim, com o auxílio do Poder Judiciário, reformou-se a cadeia e aperfeiçoou-se o método utilizado por essa instituição privada. O resultado foi uma redução significativa da reincidência, o que passou a chamar a atenção das autoridades no Brasil e no Exterior. Tanto o é que, alguns anos depois, após uma rebelião na cadeia da comarca de Itaúna (Minas Gerais), em que houve ampla destruição das instalações, o Judiciário conferiu à APAC a administração e gestão do novo presídio, sem a interferência da polícia. E esta gestão tornou-se referência nacional e internacional.<sup>1394</sup>

Mário Ottoboni<sup>1395</sup> classifica a APAC em 5 (cinco) grupos. No primeiro grupo, a APAC é responsável pela administração do Centro de Reintegração Social (CRS), com aplicação completa dos doze elementos<sup>1396</sup> fundamentais do “método APAC” e integrante da Polícia Civil e/ou Militar. No segundo grupo, o estabelecimento prisional é administrado pela APAC. A diferença para o primeiro grupo é apenas que nele é aplicado os doze elementos de forma parcial, metodologicamente. No terceiro grupo, a administração do Centro de Reintegração Social é realizada tanto pelo Estado quanto pela APAC, através de convênio, bem como os 12 (doze) elementos são aplicados de forma parcial. Neste grupo, o Estado é responsável pela segurança e disciplina dos presos; já a APAC gerencia a aplicação financeira. O Estado deve dotar o estabelecimento prisional com um refeitório, uma sala para atividades culturais, religiosas, didáticas, consultório médico e odontológico, celas humanizadas para que ocorra o efetivo trabalho pela APAC. No quarto grupo, a APAC é responsável pela administração do CRS apenas para os regimes semiabertos e/ou aberto. E o quinto grupo diz respeito às prisões administradas pela polícia, cujas atividades encontram-se ainda em fase inicial ou de implantação, além de ser aplicado os 12 (doze) elementos de forma parcial.

O método da APAC é deveras importante e tem se mostrado bastante eficiente. Todavia, faz-se necessário debater alguns pontos. Inicialmente, conforme vimos defendendo no

<sup>1394</sup> OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** método APAC. São Paulo: Paulinas, 2001.

<sup>1395</sup> OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** método APAC. São Paulo: Paulinas, 2001.

<sup>1396</sup> A metodologia do APAC baseia-se na aplicação de doze elementos quais sejam: religião; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; família; mérito; participação da comunidade; recuperando ajudando o recuperando; trabalho; jornada de libertação com Cristo; o voluntário e sua formação e o Centro de Reintegração Social- CRS.



presente trabalho, a APAC reflete a diretriz de uma democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), o que inclui a efetiva participação da sociedade na Administração Pública, de modo a concretizar os fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como a cidadania (art. 1º, inc. II, CF/88), a dignidade humana (art. 1º, inc. III, CF/88), bem como o objetivo fundamental da nossa República de construir uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3º, inc. I, da CF/88).

No que tange à segurança pública especificamente, o art. 144 da Constituição Federal da República dispõe que aquela é dever do Estado mas também direito e responsabilidade de todos. Esta responsabilidade implica no direito e possibilidade dos próprios cidadãos tentarem resolver alguns dos problemas presentes na sociedade através de mecanismos próprios da sociedade civil,<sup>1397</sup> ou seja, regido sob o regime jurídico de direito privado. Apesar de existir diversas limitações jurídicas e práticas, não podemos partir do pressuposto de vedação da própria sociedade na busca de soluções para suas problemáticas ou que o único caminho seja através do jogo político e, em consequência, através da atuação no Estado. Limitar o problema a este viés seria caminhar a uma administração totalitária, o que contrapõe à administração pública aqui defendida: a democrática, aberta à participação social

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) dispõe em seu art. 4º que o Estado “deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.” De outro modo, a própria Lei de Execução Penal privilegia a democracia participativa dentro da gestão prisional. Observe que o vocábulo adotado pela legislação é o verbo “*dever*”, que denota em uma obrigação estatal (dever-poder vinculado) de buscar atuar em cooperação com a comunidade, não apenas na execução da pena mas também em medidas de segurança.

O art. 61, inc. VII, da LEP prevê o conselho da comunidade como um dos órgãos da execução penal.<sup>1398</sup> A competência deste órgão é de visitar os estabelecimentos penais (art. 81, inc. I), entrevistar presos (art. 81, inc. II), apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução penal e ao Conselho Penitenciário (art. 81, inc. III) e diligências a obtenção de recursos

---

<sup>1397</sup> Segundo Ottoboni, “É evidente que tudo deve começar com a participação da comunidade. É necessário encontrar meios de despertá-la para a tarefa, mormente quando não existirem dúvidas de que o Estado já se revelou incapaz de cumprir a função essencial da pena, que é extremamente preparar o condenado para retornar ao convívio social”. OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** método APAC. São Paulo: Paulinas, 2001. p. 64.

<sup>1398</sup> “Art. 61. São órgãos da execução penal:

(...)

VII - o Conselho da Comunidade;”

materiais e humanos para melhorar a assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento (art. 81, inc. IV).<sup>1399</sup>

Os limites da delegação abordados no item acima, acerca da parceria público privada na gestão de presídios, serve integralmente para a presente análise – até mesmo porque o modelo APAC não deixa de ser uma forma em que o poder público em colaboração com a entidade privada busca uma melhor prestação de um serviço à comunidade.

A discussão aqui recai sobre a obrigatoriedade de o sistema prisional possuir a função de diretor e o guarda de prisões (agentes penitenciários), os quais atuam com o exercício da força dentro do sistema. A vedação jurídica, quanto à delegação da gestão do presídio à entidade civil de direito privado, ocorre apenas sobre essas tarefas/funções. Não pode, sob hipótese alguma, o detento e/ou o cidadão, por mais que esteja colaborando para a boa e eficiente prestação do serviço à comunidade, atuar sob a égide da força (*coercive powers*), vez que esta é exclusiva do Estado.

Não obstante a APAC possuir uma metodologia diferenciada em relação ao sistema prisional comum, faz-se necessário afirmar que as funções desempenhadas pelo diretor do presídio e pelo agente penitenciário não podem ser exercidas por outrem que não através de cargos públicos, detentores dessas competências. Poderia ser possível pensar nesse modelo em que tais funções estejam ausentes, contudo torna-se praticamente impossível vez que as medidas disciplinares dos detentos têm de ser aplicadas por aqueles agentes públicos. E o princípio da eficiência não pode ser substituto deste paradigma, sob pena de desvirtuar o Estado Democrático de Direito e criar exceção ao monopólio Estatal fora do diploma legislativo e/ou constitucional.

#### 7.4 A GESTÃO PRIVADA DE PRESÍDIOS, O LOBBY E O LUCRO (E INCLUSÃO SOCIAL): DIVERGÊNCIA OU CONGRUÊNCIA?

Uma das principais críticas feitas à parceria público privada na gestão de presídios seria a incompatibilidade na prestação desse serviço com o lucro auferido pelo particular. O lucro desvirtuaria a finalidade pública, de modo que o particular não buscaria atingir o interesse

---

<sup>1399</sup> “Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

II - entrevistar presos;

III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.”

público, mas o seu interesse lucrativo. E, com isso, poderia gerar uma “teia” de interesses, a chegar aos parlamentares, com possibilidade de aumentar a corrupção estatal, fazendo com que as sanções penais fossem agravadas com fulcro do particular ter maiores ganhos.

Em relação ao aumento de aprisionamento nos Estados Unidos da América, Wacquant<sup>1400</sup> adverte que “a política de encarceramento em massa estimulou também o ressurgimento e a expansão exponencial de cadeias e prisões construídas e/ou administradas por operadores privados.” Para o autor, a privatização do sistema prisional foi justificada em cima da carência orçamentária do Estado, mas que tem por finalidade o objetivo lucrativo de determinada empresas, sem cumprir realmente a sua função. Com isso, cada vez mais há a criação de uma cadeia produtiva privada, seja arquitetura, transportes, telefonia, tecnologia de identificação e vigilância etc.; gerando lucro, sobre o aprisionamento de seres humanos. Seria a hiperinflação carcerária estadunidense.<sup>1401</sup> Haveria ainda o incremento de atividades comerciais em torno deste novo mercado, para o fornecimento de serviços e produtos auxiliares ao Estado nessa expansão penal e/ou carcerária.

José Adaumir Arruda da Silva<sup>1402</sup> complementa afirmando que “As empresas prisionais faturam dinheiro público sob o argumento de gerar economia para o erário, absorvendo funções típicas do Estado.” O autor<sup>1403</sup> cita ainda o caso da empresa *Corrections Corporation of America*, cuja valorização das ações teria obtido 746% apenas em 1997, o que lhe permitiu estar listada na 67ª posição na lista da Fortune Magazine das empresas mais rentáveis.

Wacquant<sup>1404</sup> afirma que

A expansão sem precedentes das atividades carcerárias do Estado americano foi acompanhada pelo desenvolvimento frenético de uma indústria privada da carceragem. Nascida em 1983, esta (a *Corrections Corporation of America*) já conseguiu englobar parte de 7% da população carcerária (ou seja, 132.000 leitos contra cerca de 15.000 em 1990). Dezesete firmas dividem aproximadamente 140 estabelecimentos espalhados em duas dezenas de estados (...) é verdade que mercado de financiamento das prisões, públicas e privadas, movimenta cerca de quatro bilhões de dólares.

<sup>1400</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 97.

<sup>1401</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 288.

<sup>1402</sup> SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa**. (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 78.

<sup>1403</sup> SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa**. (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 79.

<sup>1404</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 97.

Em virtude desse cenário, José Adaumir Arruda da Silva<sup>1405</sup> faz a seguinte reflexão:

Uma empresa, quando se estabelece, objetiva o lucro e expansão, posto que pretende manter-se no mercado. Daí pergunta-se, como se dá a manutenção e expansão de uma empresa que se dedica ao encarceramento, se sua fonte de receita é o homem preso e quanto esta empresa recebe por vaga ocupada? Para manter-se, a empresa necessita de pessoas presas em número suficiente para ocupar todas as suas vagas; necessita de penas mais longas e um maior rigor no cumprimento destas, impedindo assim as saídas do sistema. Por outra ponta, para se expandir, passa pelo aumento da criminalidade e pela hiperinflação legislativa na criação de novos tipos penais (criminalização primária)

Márcio Sampaio Castro,<sup>1406</sup> por sua vez, afirma que as empresas especializadas em gestão penitenciária teriam construído lobbies muito poderosos para atuar junto ao Congresso americano para leis penais mais duras. Além disso, o autor critica a dificuldade na fiscalização da gestão privada, concluindo que o sistema prisional é um trabalho de natureza social, e não econômica.<sup>1407</sup> Nas palavras de Laurindo Dias Minhoto,<sup>1408</sup> o perigo está na possibilidade “de que os interesses privados das companhias passem a influir crescentemente na definição dos termos e na condução da política criminal.”

Na análise de Sérgio Mezina Martins,<sup>1409</sup> vice-presidente do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciência Criminal), o avanço da iniciativa privada deve ser vista com reservas. Ele afirma que “a questão prisional não admite uma lógica empresarial. Todo processo de privatização é executado sob a premissa da universalização dos serviços. Todo empresário quer aumento de preços ou da produção”; sendo contrário inclusive que o Estado construa novas unidades prisionais, vez que “jogariam mais lenha na fogueira”, exemplificando que, em São Paulo, apesar do ritmo acelerado de construção de presídios a crise de criminalidade teria piorado.

A crítica funda-se, portanto, no perigo representado à democracia das empresas atuantes neste setor utilizar-se do lobby para a construção de novas prisões bem como do endurecimento das penas aplicadas aos tipos penais, além de alarga-los, vez que disto

<sup>1405</sup> SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa.** (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 80.

<sup>1406</sup> CASTRO, Márcio Sampaio. Será que o crime pode compensar? **Valor Econômico**, São Paulo, out. 2006. p. 5.

<sup>1407</sup> CASTRO, Márcio Sampaio. Será que o crime pode compensar? **Valor Econômico**, São Paulo, out. 2006. p. 6.

<sup>1408</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global.** São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 89.

<sup>1409</sup> MARTINS, Sérgio Mazina. Problemas dos sistemas penitenciários brasileiros em face das redes e organizações criminosas. **Direito e Cidadania**, São Paulo, a. 6, n. 20/21, maio/dez. 2004. p. 45.

dependeria a própria sobrevivência daquelas empresas, além de aumentar a sua margem de lucro.

Nessa toada, outra crítica realizada é quanto ao trabalho feito pelo detento nos presídios privados. Para José Adaumir,<sup>1410</sup> o trabalho do condenado, nos presídios públicos brasileiro, é utilizado como meio de disciplina e de mão de obra barata. Já nos modelos privados, o trabalho adquire valor econômico, na medida em que as empresas se utilizam desse meio de produção para a sua finalidade econômica, pagando salários abaixo do “salário mínimo” pátrio (mão de obra barata), previsto pela legislação trabalhista, e sem contribuir com os encargos sociais. Ou seja, para o autor, o Estado pode utilizar-se do preso como “mão de obra barata”, mas o particular não, apesar de reconhecer que os modelos privados de prisão “se utilizam do trabalho dos internos para a produção de bens que entram no mercado e contribuem para impulsionar a economia.”<sup>1411</sup>

Cabe aqui ressaltar que o trabalho de preso é disciplinado pela Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP). O art. 28 da LEP<sup>1412</sup> dispõe que o trabalho do condenado é dever social e condição para dignidade humana, além de ter a finalidade produtiva e educativa. Ao mesmo tempo que a norma prevê o trabalho como dever da sociedade, e não apenas do Estado, a vê como imprescindível para alcançar a dignidade humana. Por outro lado, afirma que o trabalho do condenado tem por escopo a produção e educação. A produção refere-se a um caráter externo do trabalho, ao resultado decorrente da prestação laborativa do detento, na qual passa a ter alguma finalidade, qual seja, a produtiva. Por outro lado, o trabalho não pode ter apenas o objetivo de produção, mas deve também ser algo educativo. E aqui há uma referência “interna” do trabalho, voltado ao aprendizado do preso, mais especificamente ao crescimento pessoal, que possibilitara-lo a aprender novas habilidades técnicas.

Ou seja, segundo a Lei de Execução Penal, o trabalho do condenado terá finalidade educativa e produtiva, podendo ser realizado no interior do estabelecimento penal (para presos provisórios e condenados) ou fora do estabelecimento penal (para condenados que já tenham cumprido, pelo menos 1/6 da pena total).

---

<sup>1410</sup> SILVA. José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa.** (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 65-67.

<sup>1411</sup> SILVA. José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa.** (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 65.

<sup>1412</sup> “Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

Conforme o art. 31 da LEP,<sup>1413</sup> o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidades. Ou seja, o trabalho passa a ser obrigatório ao condenado com pena privativa de liberdade, o que não ocorre com o preso provisório, em que o trabalho não é obrigatório e apenas pode ser executado no interior do estabelecimento (art. 31, parágrafo único, da LEP)<sup>1414</sup>. Caso o condenado com pena privativa de liberdade não observe o seu dever ao trabalho, fica caracterizada a falta grave (art. 50, inc. VI, da LEP),<sup>1415</sup> punível com retração de direitos, como livramento condicional, progressão de regime, remição de pena, saída temporária e indulto. Estes direitos do detento exigem bom comportamento carcerário, que acaba por não ser observado com a infração administrativa grave, sanção disciplinar aplicada àquele que se recusa a trabalhar.

Segundo Jose Adaumir Arruda da Silva,<sup>1416</sup> ao mesmo tempo que o Estado obriga o condenado ao trabalho, “interferindo na esfera de autodeterminação e vontade do indivíduo, o que já representa uma violação da dignidade humana”, de outra mão, não lhes garante os direitos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, parágrafo 2º, da LEP)<sup>1417</sup> nem a mesma remuneração (mínima) devida aos demais trabalhadores da sociedade, ao prever a possibilidade de o valor necessário para a contraprestação labora não seja inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo (art. 29 da LEP).<sup>1418</sup>

Assim, o autor afirma que

---

<sup>1413</sup> “Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.”

<sup>1414</sup> “Art. 31. (...)”

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.”

<sup>1415</sup> “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

(...)

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

(...)”

<sup>1416</sup> SILVA. José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa.** (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 65.

<sup>1417</sup> “Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.”

<sup>1418</sup> “Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.”

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) determina o trabalho do apenado como um dever, uma obrigação. Por outro lado, o sistema prisional privatiza-se – vai para as mãos do particular – onde empresas que visam o lucro se estabelecem dentro das Unidades Prisionais privadas para se utilizarem do trabalho dos presos condenados, que não têm a opção de recusar, sob pena de incidir em falta disciplinar grave, e com isso ter preteridos direitos que refletem diretamente na sua liberdade.<sup>1419</sup>

Para analisar a presente situação temos de nos atentar, que, segundo dados do Ministério da Justiça, no Infopen (informações penitenciárias),<sup>1420</sup> o Estado não consegue disponibilizar trabalho para todos os presos. Até junho de 2013, apenas 22% dos presos de todo o sistema prisional brasileiro trabalhavam, enquanto os demais não tinham nenhuma atividade laboral, vivendo em completa ociosidade. Em 2016, apenas 15% da população prisional – correspondente à importância de 95.919 pessoas - estava envolvida em atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais. Entre as pessoas que trabalham, 87% delas encontram-se em atividades internas ao estabelecimento. As atividades laborais desenvolvidas dentro dos estabelecimentos prisionais podem compreender desde as atividades de prestação de serviços para empresas, organizações sociais e instâncias do poder público, quanto as atividades de apoio à limpeza e gestão do próprio estabelecimento penal.

O levantamento mostra ainda que 75% da população prisional em atividade laboral não recebe remuneração ou recebe menos que 3/4 do salário mínimo mensal. Ele ressalta apenas que a disponibilidade de informações acerca da remuneração recebida pelas pessoas envolvidas em atividades laborais no sistema prisional é ainda baixa em grande parte dos estados.

Dessa forma, é necessário observar que o Estado não vem conseguindo cumprir a sua função. Há uma total falência do sistema carcerário brasileiro: o preso não é ressocializado; a obrigação de fornecer o trabalho ao condenado não é realizado pelo Estado; quando o Estado fornece trabalho ao preso, o faz com pagamento abaixo do permissivo legal, qual seja,  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do salário mínimo.

Tudo isso contribui para o aumento da criminalidade e não ressocialização dos detentos. Por mais que o art. 28 da LEP traga o trabalho como dever social e dignidade humana,

<sup>1419</sup> SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa.** (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016, 2016. p. 60.

<sup>1420</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Ver também: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo Diagnóstico De Pessoas Presas No Brasil.** Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

além de colocá-lo com finalidade educativa e produtiva, a norma, por si só, não foi capaz de produzir eficácia. E o Estado a descumpri diariamente!<sup>1421</sup>

Nesse cenário, em que fica configurada e comprovada a completa falência do Estado na resolução de suas tarefas, cabe à doutrina apresentar possibilidades fáticas e jurídicas para a busca da solução desse problema social. Se o Estado não cumpre sua finalidade, as prisões privadas e/ou convênio entre o público e entidades privadas podem ser perfeitamente realizados – sob o viés jurídico – para a busca dessa finalidade. E o privado tem melhores condições de oferecer trabalho ao preso, de modo que poderia ser interessante a todos os envolvidos: o privado, os condenados e o próprio Estado e a sociedade.

Com a ampliação e efetivação do trabalho dos presos, há um ganho em escala. O art. 28, § 1º, da LEP dispõe que o produto da remuneração pelo trabalho do condenado deve atender: à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios (“a”); à assistência da família (“b”); a pequenas despesas pessoais (“c”) e ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas hipóteses anteriores (“d”). O art. 126<sup>1422</sup> da LEP ainda afirma que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir parte do tempo de execução da pena pelo trabalho. Na remição, há o desconto de um dia de pena, por cada três trabalhados.

Além disto, o trabalho possibilita que o condenado aprenda novas habilidades que podem lhes ser importantes no futuro. Se uma das principais dificuldades daquele que cumpriu com a sua pena é a reinserção na sociedade, a maior possibilidade de obter um emprego pode ser um fator decisivo na redução desse problema. Ao aprender novas habilidades, o preso pode, inclusive, continuar na empresa, sendo contratado ao final do seu período na prisão. O trabalho

---

<sup>1421</sup> Marcelo Neves ensina que “o ‘direito’ é concebido como uma maneira de referir-se às instituições governamentais ‘em termos ideais’, em vez de concebê-las realístico-objetivamente. Nesse sentido, ressalta-se que é parte da função do ‘direito’ reconhecer ideais que representam o oposto exato da conduta estabelecida”, desenvolvendo-se, assim, um complicado ‘mundo onírico’. Essa função simbólica do direito seria predominantemente, sobrepondo-se à sua função instrumental: ‘o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em confortá-la’. Embora possa levar tanto à obediência quanto à revolta ou à revolução, a crença no ‘reino do direito’ teria comumente a função de ‘produzir a aceitação do *status quo*. Inclusive a ciência do direito estaria incluída nesse mundo onírico, servindo para encobrir-lhe as contradições e a irracionalidade, apresentando-lhe retoricamente como um mundo governado pela razão, sem contradições”. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 25-26. Entretanto, entendo que cabe à doutrina a apresentar as possibilidades jurídicas para a escolha democrática para a busca na solução dos seus problemas. A Administração Pública tem a finalidade instrumental na busca pela concretização dos direitos fundamentais, embora possam vê-los de forma mais “simbólica”.

<sup>1422</sup> “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”



é um fator decisivo para a dignidade da pessoa humana, como o próprio art. 28 da LEP reconhece, bem como é um fundamento da república (art. 1º, inc. III e IV, da CF/88).

Tanto o Estado quanto a iniciativa privada teriam benefícios. O Estado obteria uma maior redução de reincidência criminal, vez que a iniciativa privada, por visar o lucro (financeiro ou de imagem), buscaria uma maior eficiência na prestação do seu serviço e, em específico, no contrato com o ente público e na ressocialização do detento.

Outro argumento pró-privatização refere-se à perda da capacidade de investimento do Estado. Com o endividamento dos países e diminuição da perda de capacidade dos investimentos, na delegação à iniciativa privada, esta teria de realizar os principais investimentos iniciais e, por outro lado, o Estado diluiria esse investimento em algumas décadas. Além disto, D'Urso<sup>1423</sup> demonstra que os presídios privados apresentam custos menores do que os presídios estatais. Ele mostra que na experiência americana o custo de 50 dólares por dia, por preso, nas mãos do Estado caiu para 25 a 30 dólares quando transferido para a iniciativa privada e, sob melhores condições “só pelo o fato do empresário saber gerir melhor seu dinheiro”. No Brasil, a prisão de segurança máxima do Paraná tem apresentado um custo diário médio de R\$ 133,00 (cento e trinta e três reais). No caso do projeto de Ribeirão das Neves/MG, em que há uma parceria público privada (PPP), o limite teto será de R\$ 70,00 (setenta reais) por dia/preso, com prazo de gestão por 27 anos. Este valor estaria bem abaixo do custo gerado pelo próprio Estado.<sup>1424</sup>

Domingos Dutra afirma ainda que, no caso do projeto do presídio em PPP no Município de Itaquitinga em Pernambuco, a previsão de pagamento diário por preso é de R\$ 70,00 (setenta reais), embora os gastos diários em presídio estatal girariam em torno de R\$ 35,00 (trinta e cinco) por dia por preso. Entretanto, devemos nos ater que ao empresário ainda cabe o retorno do investimento, que gira em torno de 30 anos, e lhe dá a obrigação de construção e compra de equipamentos em torno de R\$ 248 milhões. Este complexo prisional será comandado por uma unidade administrativa designada Centro Integrado de Ressocialização (CIR). Nele, há celas individuais e outras coletivas, as quais estão limitadas a 04 (quatro) detentos. Esta é uma situação impensável para a maioria dos os presídios administrados pelo Estado, que atuam com superlotação.

---

<sup>1423</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

<sup>1424</sup> DUTRA, Domingos. **Relatório final da CPI do Sistema carcerário**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/sistemaprisional/CPIsistemacarcerario.pdf/view>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

Um estudo realizado pela *Reason Foudation* traz uma compilação de 25 estudos comparativos de custos entre os modelos de gestão de presídios, públicos e privados, realizados durante uma década.<sup>1425</sup> Com a gestão privada é possível obter menores custos por preso e com um serviço de melhor qualidade. Apesar de essa afirmação parecer contraditória, até mesmo porque a economia ensina que “não existe almoço grátis”, isto é explicado em virtude da lógica existente na gestão pública e na gestão privada, bem como nos entraves existentes em cada uma das atuações. Isso faz com que a alocação de recursos na gestão privada ocorra de forma mais eficiente que a realizada na administração pública.

Uma das razões da afirmação realizada acima são os entraves burocráticos existente na gestão pública. Apesar da burocracia, em certa medida, ser importante para a gestão transparente, responsável, racional e isonômica da administração pública, isso envolve custos diretos, tal como o aparato estatal responsável pela realização da licitação, quanto custos indiretos, como o tempo necessário para a realização das atividades públicas. Na gestão privada, a qual observa um regime jurídico de direito privado, a atuação diária ocorre sem esses entraves,<sup>1426</sup> vez que os administradores são sócios ou se reportam diretamente aos donos das firmas, com a expectativa de obter benefícios profissionais com a melhora de qualidade na prestação do serviço.<sup>1427</sup>

Outro custo pouco observado é a do funcionalismo público. Conforme estudo do Banco Mundial,<sup>1428</sup> o servidor público brasileiro ganha, em média, 67% (sessenta e sete por cento) mais que o empregado privado. Segundo o relatório,

A massa salarial do funcionalismo público pode ser reduzida significativamente. Embora o funcionalismo público brasileiro não seja grande para padrões internacionais, o nível dos salários dos servidores públicos federais é, em média, 67% superior aos do setor privado, mesmo após levar em consideração o nível de educação e outras características dos trabalhadores como idade e experiência. Este prêmio salarial do setor público é atípico em relação a padrões internacionais. A remuneração dos servidores estaduais também é muito alta e, na média, é mais de 30% superior àquela oferecida a trabalhadores equivalentes no setor privado. Em termos relativos, o hiato salarial aparenta ser particularmente amplo nos poderes Judiciário e Legislativo, bem como nas ocupações de menor qualificação do Executivo.<sup>1429</sup> (...)

<sup>1425</sup> Disponível em <[http://www.reason.org/corrections/faq\\_private\\_prisons.shtml](http://www.reason.org/corrections/faq_private_prisons.shtml)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>1426</sup> Ressalva-se apenas que a ausência de entraves burocráticos não dispensa o controle realizado posteriormente, inclusive sobre a realização e concretização do contrato firmado com o poder público.

<sup>1427</sup> DONAHUE, John D. **Privatização: fins públicos, meios privados**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 190.

<sup>1428</sup> BANCO MUNDIAL. **Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil**. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

<sup>1429</sup> BANCO MUNDIAL. **Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil**. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>. Acesso em: 11

Como percentual do PIB, a massa salarial do Brasil cresceu, excedendo a média encontrada em países de renda alta. A massa salarial do setor público brasileiro subiu de 11,6% do PIB em 2006 para 13,1% do PIB em 2015, superando até Portugal e França, que registravam massas salariais mais altas que o Brasil há uma década (Figura 12 e Figura 13). Outros países desenvolvidos, tais como a Austrália e os EUA, possuem massas salariais consideravelmente menores (cerca de 9% do PIB), ao passo que o Chile, uma nação latino-americana de renda média, gastou somente 6,4% do PIB em salários do funcionalismo público em 2015.<sup>1430</sup>

Ora, o custo de um produto ou serviço leva em consideração todos os componentes necessários naquele objeto. E um dos componentes principais é a mão-de-obra. Neste caso, como o servidor público representa um custo altíssimo na prestação do serviço oferecido pelo poder público, a redução, com a transferência para o agente privado, implica em redução no custo do serviço ofertado.

Há ainda a questão dos “incentivos”.<sup>1431</sup> Fábio Ostermann<sup>1432</sup> afirma que

---

jan. 2019. p. 16. O estudo complementa mais a frente afirmando que “O prêmio salarial dos servidores públicos federais brasileiros é atípico para padrões internacionais, e o prêmio salarial dos servidores estaduais encontra-se entre os mais altos do mundo – muito acima dos níveis da OCDE. Em uma comparação de prêmios salariais do setor público (controlando a educação) em 53 países, o prêmio salarial dos servidores federais brasileiros, de 67%, aparece como o mais alto da amostra (Figura 27). A maioria dos países observa um prêmio salarial positivo no setor público, embora o prêmio médio seja de 16%, e somente em alguns países esse prêmio supere os 40%. O prêmio dos servidores públicos estaduais brasileiros é de 31%, o que ainda é muito alto comparado a países semelhantes da região e ao nível da renda per capita, e está muito acima dos níveis da OCDE. O pequeno prêmio negativo no funcionalismo municipal encontra-se no extremo mais baixo da distribuição, mas isso não é algo atípico segundo parâmetros internacionais.” p. 26.

<sup>1430</sup> BANCO MUNDIAL. **Um Ajuste Justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil.** Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019. p. 38. Ressalta-se que o gasto do Brasil com o funcionalismo público é de 13,1% do Produto Interno Bruto (PIB). Esse é o maior percentual dentre todos os países analisados. Em países como França, Portugal, Austrália, EUA, por exemplo, o gasto do governo com seus servidores é de aproximadamente 9% do PIB. O Chile, por sua vez, gastou somente 6,4% do PIB com funcionalismo público em 2015. Conclui-se, portanto, que o Brasil gasta 45% a mais com o funcionalismo público que os países mais ricos. Já em relação ao Chile, essa relação sobe para 104% a mais. Uma curiosidade é que, ainda conforme o estudo do Banco Mundial, o quadro do funcionalismo público do Brasil encontra-se “enxuto” em relação ao resto do mundo: enquanto no Brasil, 5,6% da população empregada está no setor público, nos países da OCDE este percentual é de quase 10%. Ou seja, no Brasil, há poucos servidores públicos mas com remunerações bem acima da média mundial. O Estudo afirma que “Os servidores públicos são comparativamente ricos no Brasil. Uma análise da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD, 2015) revela que 54% dos servidores públicos (em todos os níveis administrativos) encontram-se no quintil superior da distribuição de renda nacional, e 77% estão entre os 40% mais ricos (Figura 30). Os servidores públicos federais têm uma renda particularmente alta: dois terços encontram-se no decil superior da distribuição de renda, 83% estão entre os 20% mais ricos, e quase todos (94%), entre os 40% mais ricos. A concentração de servidores militares e estaduais (incluindo as polícias militares) no topo da distribuição de renda é um pouco mais baixa: 49% e 67% nos 20% superiores, respectivamente. No entanto, 75% dos militares brasileiros e 89% dos servidores públicos estaduais encontram-se entre os 40% mais ricos. Os servidores municipais (que incluem um grande número de trabalhadores nas áreas de ensino fundamental I e saúde) ganham relativamente menos, com 39% entre os 20% superiores, e 66% entre os 40% mais ricos.”

<sup>1431</sup> Ver: GWARTNEY, James D.; STROUP, Richard L. **O que todos deveriam saber sobre economia e prosperidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: IL, 1998.

<sup>1432</sup> OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. **Revista Científica Dos Estudantes De Direito Da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, maio 2010. p. 25. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf](http://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2015. Ver também GWARTNEY, James D.; STROUP, Richard L. **O que todos deveriam saber sobre economia e prosperidade.** 2.ed., Rio de Janeiro: IL, 1998. p. 126.

Estando as empresas privadas submetidas a uma concorrência no mercado, seus administradores conseguem, em geral, vislumbrar a relação de causa efeito referente à performance da empresa. Em caso de má performance, as perdas da empresa acabam refletindo em perdas para o próprio administrador (seja através da perda do seu emprego ou perda do patrimônio investido). Existe, portanto, o incentivo para produzir um melhor serviço por um custo mais baixo, já que a falência pune a ineficiência do setor privado. No setor público, por outro lado, a realidade é outra. De fato, performances fracas e fracassos, na obtenção de resultados são frequentemente utilizados pelos gestores públicos como um argumento para conseguir mais verbas para o seu objeto de gestão, ocasionando mais e mais ineficiência.

Wilcox<sup>1433</sup> afirma que, com a tendência da ampliação desse mercado, a competição servirá de forte incentivo a melhora crescente na prestação do serviço, além da eliminação de práticas nefastas e ineficientes.<sup>1434</sup>

Como as empresas privadas são remuneradas a partir de um contrato – e a lógica do contrato público confere amplos poderes de atuação à Administração Pública com vistas à atuação com fulcro no interesse público –, a empresas tem um grande incentivo para evitar práticas que violem os direitos humanos dos presos. Fábio Ostermann<sup>1435</sup> ilustra essa situação com o fato que ocorreu no condado de Brazoria, no estado do Texas. Em 1997, agentes penitenciários da empresa *Correction Ressources Inc.* foram flagrados e filmados violando direitos humanos dos detentos, humilhando-os e agredindo-os. Com isso, o Estado do Texas rescindiu o contrato com a empresa, no valor de R\$ 1,8 milhão. O Departamento Correcional do estado do Oklahoma também cancelou um contrato com a CCRI no condado de Limestone, devido a casos semelhantes de abusos por funcionários das empresas.<sup>1436</sup> De acordo com Charles Logan "Os controles econômicos (sobre as prisões privatizadas) não excluem os controles políticos, mas possibilitam que ajustes mais rápidos e melhores sejam operados" através da renegociação de contrato ou da simples rescisão. Conforme Logan, nas prisões privadas,

---

<sup>1433</sup> Apud GWARTNEY, James D.; STROUP, Richard L. **O que todos deveriam saber sobre economia e prosperidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: IL, 1998. p. 55.

<sup>1434</sup> Nas prisões privadas, Charles Logan afirma que “mecanismos de mercado no que tange à supervisão, disciplina e responsabilização são acrescentados àqueles tradicionalmente ligados ao sistema político e legal. A responsabilização econômica suplementa, mais do que conflita com, a responsabilização política e legal.” LOGAN *apud* GILLESPIE, Nick. **Swift Justice for Private Prisons**. Disponível em <<http://www.reason.com/news/show/34407.html>>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>1435</sup> OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. **Revista Científica Dos Estudantes De Direito Da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, maio 2010. p. 25. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf](http://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 26.

<sup>1436</sup> GILLESPIE, Nick. **Swift Justice for Private Prisons**. Disponível em <<http://www.reason.com/news/show/34407.html>>. Acesso em: 18 out. 2015.

Mecanismos de mercado no que tange à supervisão, disciplina e responsabilização são acrescentados àqueles tradicionalmente ligados ao sistema político e legal. A responsabilização econômica suplementa, mais do que conflita com, a responsabilização política e legal.<sup>1437</sup>

Não por acaso, a Capital Correction Resources Inc. não mais administra prisões nos Estados Unidos, afirma Fábio Ostermann.<sup>1438</sup>

Para Fábio Ostermann, a atuação de empresas privadas, nessa área específica do Estado, traz diversos outros benefícios, como a melhora do gasto público, melhor serviço, com custo similar ou inferior, bem como nas inovações geradas pela competição entre as empresas prestadoras de serviços penitenciários. Ele afirma que

Até mesmo a qualidade dos estabelecimentos penais administrados integralmente pelo Estado é afetada: com a comparação dos custos e das práticas destes dois modelos de gestão prisional, haveria um maior incentivo para que a prisão estatal fosse gerida de maneira mais eficiente. Ademais, um poderia se utilizar de experiências comprovadamente exitosas postas em prática pelo outro.

Não obstante a discussão sobre os custos, Richard Harrison Chagas dos Santos<sup>1439</sup> entende que a perspectiva deve recair também sobre a concretização dos objetivos. Embora o presídio privado possa ser eventualmente mais caro que o público, o serviço adequado e com qualidade requer pessoas e profissionais qualificados aptos a atuar com eficiência. E tudo isto gera um custo! Por outro lado, esta deve ser uma escolha democrática, da sociedade, vez que mais gastos hoje podem significar menores riscos e criminalidade amanhã. Um ex-detento ressocializado não tende a cometer crimes no futuro. Como exemplo, a reincidência de ex-detentos do presídio industrial de Guarapuava (PPP) era de 6%, enquanto a média da reincidência dos presídios brasileiros é de 70%.

<sup>1437</sup> LOGAN *apud* GILLESPIE, Nick. **Swift Justice for Private Prisons**. Disponível em <<http://www.reason.com/news/show/34407.html>>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>1438</sup> OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. **Revista Científica Dos Estudantes De Direito Da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, maio 2010. p. 25. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf](http://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2015. p. 28.

<sup>1439</sup> SANTOS, Richard Harrison Chagas dos. **Relatório anual**. Penitenciária Industrial de Joinville (Jocemar Cesconeto). Joinville, 2009.

Nesse aspecto, há indicações de que as prisões privadas sejam mais eficientes.<sup>1440</sup> A eficiência observada sob a perspectiva da obtenção melhores resultados com menor recurso.<sup>1441</sup>

Em relação à possibilidade de lobby, é algo que não pode ser descartado. Entretanto, este perigo ocorre em qualquer área em que envolva interesses privados correlacionados com atividades e interesses públicos, inclusive na seara dos servidores públicos, os quais, no Brasil, normalmente sempre lutam por melhores salários. Há ainda sindicatos, entidades privadas, movimentos sociais, dentre outros. Tal argumento, portanto, se levado às últimas consequências, levaria à defesa de um Estado totalitário, no sentido de um Estado que abarque toda e qualquer atividade na sociedade, ou, ainda, a um Estado mínimo, em que se buscasse evitar as formas de relação entre o público e o privado; o que sabemos que é praticamente impossível na realidade atual, vez a complexidade da sociedade e do grande número de atividades assumidas pelo Estado, em virtude da própria evolução do Estado e dos direitos fundamentais.

A solução para tanto passa sempre pela transparência na administração pública e na ampliação do controle da própria sociedade sobre os seus atos. A ampliação deste tipo de mecanismos de controle é imprescindível para o desenvolvimento da administração pública e da própria democracia. Assim, entidades como a Transparência Internacional e o website Contas Abertas devem ser parabenizadas como forma de incremento da sociedade no controle da administração pública,<sup>1442</sup> concretizando o princípio da democracia participativa (art. 1º,

---

<sup>1440</sup> Sobre o conceito de eficiência econômica, ver: MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. Milton Friedmann e Rose D. Friedmann fazem uma correlação entre o proprietário do dinheiro gasto com o benefício ao qual aquele valor se destina. Ressalta-se que o valor utilizado pelo Estado decorre da própria sociedade, o que implica afirmar, por outro lado, que ele não decorre daqueles que tomam as decisões estatais. Assim, os Friedmann afirmam que quando utilizamos dinheiro dos outros em benefício próprio, é adquirido produtos e/ou serviços de boa qualidade por preços não tão bons. Já quando utilizamos o nosso próprio dinheiro em nosso próprio benefício, tendemos a adquirir bens e/ou serviços de boa qualidade por um bom preço. Já quando utilizamos nosso dinheiro em benefício de terceiros, privilegiamos o preço, e não a qualidade. Já quando gastamos dinheiro de terceiros em benefício de terceiros, não só o preço como também a qualidade não é das melhores. FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose D. **Free to Choose: A Personal Statement**. Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovich, 1990. p. 116.

<sup>1441</sup> Laurindo Dias Minhoto afirma que a privatização traz um argumento simbólico: com a prestação do serviço penitenciário pela empresa privada, “a fonte pública da autoridade, central à lógica das democracias modernas, é de alguma maneira economicizada.” MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 90. Com a utilização de câmaras para o monitoramento dos detentos, diminuindo o contato dos apenados com os guardas, o autor entende haver um reforço à questão da “autoridade pública”, representando a prisão privatizada uma “reedição 'high tech' do Panopticon”.

<sup>1442</sup> O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em seu relatório sobre o Desenvolvimento Humano em 2002, afirmou que talvez a construção de diversos meios de comunicação, pluralistas e independentes, no qual haja a divulgação de informação, precisa e imparcial, em massa, seja a mais importante reforma para as instituições democráticas. MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009. Tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos já reiterou, por diversas vezes, a importância da informação para uma sociedade verdadeiramente

parágrafo único, da Constituição Federal de 1988) e da cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. II, da Constituição Federal de 1988).

Não negamos a possibilidade deste caminho apresentar perigos e problemáticas – até mesmo porque não existe modelo perfeito -, mas entendemos que a situação atual se encontra insustentável, tanto para a sociedade quanto para os próprios detentos que não têm os seus direitos respeitados. Por isso, defendemos que há outros modelos possíveis, sob a perspectiva do ordenamento jurídica, a serem tentados e implementados na realidade jurídica e social brasileira.

Nesse sentido, a discussão deve ser pragmática, sob a perspectiva da eficiência, respeitado os limites jurídicos do Estado Democrático de Direito. O que não pode haver nesse debate – mas infelizmente há – são argumentações pautadas com viés ideológico, tal como doutrinadores que são contra determinado modelo pelo fato do lucro auferido pela empresa privada. *Verbi gratia*, João Marcello de Araújo Júnior<sup>1443</sup> afirma que

As empresas que desejam participar da administração penitenciária visam obter lucros e retirar lucros da própria existência da criminalidade; logo, tais empresas, que têm interesse em manter seus lucros, não irão lutar contra a criminalidade... e se não têm tal interesse não devem administrar prisões.

As empresas privadas, por óbvio, tem como finalidade o lucro, razão da sua própria existência. Adam Smith<sup>1444</sup> já ensinava que

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter.

O interesse público, social etc. não faz parte do interesse primário de uma entidade privada; e, por isso mesmo, existe o Estado para tutelá-lo. Compete ao Estado não apenas a elaboração do contrato administrativo,<sup>1445</sup> mas também direcioná-lo e fiscalizar a sua execução.

Por outro lado, o lucro não é – nem deve ser – criticado nem questionado; pelo contrário, é através dele que o Estado fará a empresa concretizar o contrato de forma eficiente,

---

democrática e livre, sendo uma condição essencial para o progresso e desenvolvimento social. O acesso à informação é vista como o “oxigênio da democracia”.

<sup>1443</sup> ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: RT, 1995. No mesmo sentido, SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios: uma ressocialização perversa**. (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

<sup>1444</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Abril, 1983. (Vol. 1). p. 50.

<sup>1445</sup> O contrato público é previamente elaborado pelo Estado, cuja minuta já estará presente antes da licitação pública. Por isso, o contrato público é visto (quase) como uma espécie de contrato de adesão.

sob pena de diminuir a sua margem de lucro, através de penalidades financeiras, e/ou aplicar sanções que possam, inclusive, prejudicar a atuação da empresa na continuação da atividade mercantil, como a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 87, inc. II, da Lei nº 8.666/93) ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666/93).<sup>1446</sup>

Não obstante estas penalidades contratuais, o regime jurídico sancionatório, civil e penal, contra entidades privadas que se desvirtuem de padrões éticos e morais ou, ainda, que vilipendiem o patrimônio público é extremamente rígido. E isto deve ser um “incentivo” a ser utilizado para uma boa atuação das empresas privadas em sua relação jurídica com o poder público.

De outra forma, a obtenção do lucro pela empresa privada não é antiético nem imoral. Nada mais é que a contraprestação pelo serviço prestado por uma empresa privada à sociedade. De outra mão, cabe ao Estado utilizar-se desse interesse do particular para fazer com que este cumpra o contrato da forma como pactuado – e o Estado quem elabora esse “contrato de adesão” – e em atendimento à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais.

Por fim, apesar de o autor acertar em afirmar que as empresas não irão lutar contra a criminalidade, erra por acreditar que esta é uma condição prejudicial ao modelo ora analisado. A luta contra a criminalidade compete às polícias, e não à administração penitenciária, a qual deve ter por objetivo gerir o estabelecimento, com respeito ao ordenamento jurídico positivo e ao contrato, inclusive – e primordialmente – o respeito aos direitos fundamentais dos detentos. Ressalta-se que, em seu artigo 1º, a LEP estabelece que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

---

<sup>1446</sup> “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”



## 7.5 AS PPPS NA GESTÃO DE PRESÍDIOS EM UMA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO <sup>1447</sup>

Não só o Brasil, mas todo o mundo ocidental presencia uma crise no sistema penitenciário. As parcerias público-privadas surgem como uma forma de solucionar ou, ao menos, diminuir a ineficácia desses atuais sistemas. Assim, existem cerca de 200 presídios privados no mundo, sendo a metade deles nos Estados Unidos, os quais atendem 7% dos condenados. Na Inglaterra, 10% da população carcerária está em penitenciárias geridas por privados; na Austrália, 17%.<sup>1448</sup> África do Sul, Canadá, Bélgica e Chile também aderiram à privatização.<sup>1449</sup>

### 7.5.1 Nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, há uma tendência, desde a década de 80, de adoção do modelo de gestão global (total) privada do sistema penitenciário, com vistas a diminuir os custos e garantir uma melhoria na qualidade desse serviço aos detentos.<sup>1450</sup> No sistema americano, até mesmo a direção e o gerenciamento do preso pode estar sob a tutela da pessoa privada, tendo o Estado o dever de fiscalização do cumprimento do contrato e dos direitos humanos no tratamento penitenciário.

<sup>1447</sup> Sobre a experiência internacional, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Parcerias Público-Privadas e Justiça**: uma análise comparada de diferentes experiências. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2007.

<sup>1448</sup> Um levantamento do governo australiano mostra que um preso em regime privatizado pode custar menos que na cadeia pública - lá, o custo cai de US\$ 55 mil para US\$ 34 mil.

<sup>1449</sup> Ver: MOURA, Viviane Braga de. **As Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/Monografia\\_Viviane%20Braga%20de%20Moura.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/Monografia_Viviane%20Braga%20de%20Moura.pdf?sequence=1)>. Acesso em 20 jul. 2015.

<sup>1450</sup> Para Thomas, a privatização do sistema carcerário nos Estados Unidos é uma consequência da incapacidade do Estado em lidar com o rápido crescimento da população prisional. Associado a isto, a política de tolerância zero para criminosos, tal como o “War on Drugs” e o “Three Strikes, you’re out”, teve sua importância no desenvolvimento desse processo. THOMAS, Charles. *Correctional Privatization: Past, Present, and Future*. In: TABARROK, Alexander. (Org.). **Changing the Guard: Private Prisons and the Control of Crime**. Oakland: The Independent Institute, 2003. Laurindo Dias Minhoto afirma que, em 1987, 60% dos estados americanos estavam sob ordem judicial com determinação para reduzir a lotação dos presídios. MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. Thomas afirma que ocorreu no Texas, em 1987, a primeira grande experiência para presídios privados. No caso, o Departamento de Justiça criminal do Estado contratou a *Corrections Corporation of America (CCC)* e *Wackenhut*, para operarem, cada uma, duas prisões com capacidade para 500 detentos. Em ambas as situações, havia contratos com rígidas cláusulas em relação à qualidade fornecida pelo particular, superiores aos impostos às prisões administradas pelo Estado.

O modelo americano adotou três espécies na privatização: (a) o arrendamento das prisões, no qual o governo aluga uma propriedade para o particular construir a prisão. E depois de um determinado tempo a propriedade da prisão passa a ser do Estado; (b) a modalidade de serviços contratados por uma empresa privada, no qual o privado vai fornecer serviços básicos, como alimentação, serviços médicos etc., e dirigir o estabelecimento; e (c) a transferência de direção, em que o agente privado constrói a prisão e, posteriormente, dirigirá a unidade.<sup>1451</sup>

Apesar de diversas críticas sobre esse modelo, inclusive sobre o surgimento de poderosos lobbies junto ao Congresso americano com o objetivo de endurecer as leis, a parceria público-privada na gestão do sistema penitenciário é uma realidade que tende a crescer a cada dia, principalmente por diminuir o custo do Estado,<sup>1452</sup> evitar o aporte financeiro do Estado, haja vista que o investimento inicial será do particular, e respeitar os direitos fundamentais e humanos do preso.

### 7.5.2 Na Inglaterra

O sistema penal inglês, bem como a administração e finanças públicas, é diferente do americano. E isso reflete na diferença do sistema penitenciário entre ambos: o sistema inglês é mais centralizador, com os atos sendo direcionados pelo poder central; enquanto o sistema americano, os Estados possuem maior autonomia, de forma a estabelecer os procedimentos de acordo com as suas concepções.

---

<sup>1451</sup> Ver: CARVALHO, Priscila Almeida. **Privatização dos Presídios: Problema ou solução?** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/>>. Acesso em: 19 ago. 2015. Nos EUA, foi proposto pelo governo uma nova forma de financiar a construção de novos estabelecimentos prisionais: o empréstimo de longo prazo, tomados no mercado, lançando “títulos de obrigação geral”. O Estado obteve capital a taxas relativamente competitivas. MINHOTO, Laurindo Dias. As Prisões de Mercado. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 55-56, 2002. p. 147.

<sup>1452</sup> A maioria da doutrina americana, ao realizar uma análise pragmática, vê as empresas privadas administrando de forma mais eficaz que os presídios geridos pelo estado, inclusive tendo custos mais baixos. THOMAS, Charles. *Correctional Privatization: Past, Present, and Future*. In: TABARROK, Alexander. (Org.). **Changing the Guard: Private Prisons and the Control of Crime**. Oakland: The Independent Institute, 2003. Geoffrey Segal traz a informação de que 44% das prisões privadas são certificadas pela American Correctional Association (ACA), enquanto as geridas pelo estado são apenas 10%. SEGAL, Geoffrey. **Frequently Asked Questions About Prison Privatization**. Disponível em <[http://www.reason.org/corrections/faq\\_private\\_prisons.shtml#faq12](http://www.reason.org/corrections/faq_private_prisons.shtml#faq12)>. Acesso em: 28 out. 2015. A ACA certifica estabelecimentos penais baseada em padrões de controle administrativo e fiscal, treinamento e desenvolvimento de funcionários, estrutura física do estabelecimento, procedimentos de segurança e emergência, condições sanitárias, alimentação, regras e disciplina. A ACA oferece também cursos de treinamento para agentes penitenciários (tanto do Estado quanto de empresas). Informações disponíveis em <<http://www.aca.org>>. Consultado em 29 de setembro de 2015. Vale ressaltar que muitos contratos ou mesmo leis regulando as privatizações obrigam a certificação das empresas pela ACA como condição para a contratação governamental. THOMAS, Charles. *Correctional Privatization: Past, Present, and Future*. In: TABARROK, Alexander. (Org.). **Changing the Guard: Private Prisons and the Control of Crime**. Oakland: The Independent Institute, 2003. p. 108.

Nesse sentido, a adoção da privatização do sistema penitenciário na Inglaterra centralizou o poder nas mãos do Estado central, financiado com dinheiro arrecadado através de impostos ou de empréstimos decorrentes do mercado; enquanto no sistema americano, as receitas para a construção das prisões são financiadas com títulos públicos.

Por outro lado, na Inglaterra, só quem efetivamente celebra o contrato pode ingressar em juízo contra possíveis descumprimentos; enquanto no sistema americano, os presos são considerados terceiros beneficiários dos contratos de delegação da gestão do sistema prisional aos particulares.

### **7.5.3 Na França**

O modelo Francês envolve a gestão mista ou cogestão entre o Estado e a empresa privada. Nesse modelo, é exclusividade do Estado a função jurisdicional, a administração penitenciária, com a indicação do diretor-geral, e a segurança interna e externa do presídio. Cabe ao particular a função material do cumprimento da pena, tais como serviços de saúde, alimentação, vestimentas, transporte, assistência social e jurídica, lazer etc., bem como a construção do estabelecimento prisional, sendo a remuneração do empresário devida ao Estado. Percebe-se que, ao adotarmos o Direito Administrativo de vertente francesa, a atual privatização do sistema penitenciário brasileira também de assemelha a esse modelo europeu.

Na França, a Lei nº 87/432, promulgada em 1987, em seu art. 2º, dispõe que

O Estado pode confiar a uma pessoa de direito público ou privado uma missão versando ao mesmo tempo sobre a construção e adaptação de estabelecimentos penitenciários. [...] Estas, pessoas, ou grupos, são designadas ao final de um processo licitatório. Nos estabelecimentos penitenciários as funções outras que de direção, cartório, vigilância, podem ser confiadas a pessoas jurídicas de direito público ou privado segundo uma habilitação definida por decreto. Estas pessoas podem ser escolhidas em processo licitatório na forma prevista na alínea precedente.

Em suma, esse dispositivo possibilita a cogestão privada do sistema penitenciário, em que o setor privado é responsável pela edificação, adaptação de estabelecimentos prisionais e execução da hotelaria; enquanto o Estado, pelo serviço administrativo e fornecimento de agentes penitenciários. Conforme o dispositivo legal, a remuneração do particular será calculada com base na relação preso/dia.

### **7.5.4 A experiência do Brasil**

Em 1992, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), órgão do Ministério da Justiça, propôs a adoção de um sistema de gerenciamento privado das prisões. Essa ideia aflorou a partir de experiências de modelos privados no sistema penitenciário com resultados satisfatórios na Austrália, Estados Unidos, França e Inglaterra, com o objetivo de reduzir os encargos públicos, modernizar o modelo administrativo do sistema penitenciário e concretizar os direitos fundamentais e humanos dos presos. Assim, criar-se-ia um sistema penitenciário federal, com a responsabilidade pelos presos condenados à execução da pena em regime fechado, ficando aos Estados os presos condenados à execução da pena nos regimes semiaberto e aberto.

De outro lado, caberia ao setor privado a prestação de serviços penitenciários internos secundários, tais como, saúde, trabalho, alimentação, assistência psicológica e jurídica, além da possibilidade de construção e administração, em conjunto com o Estado, dos estabelecimentos. Ao Estado, quanto à administração do Estabelecimento, caberia a supervisão do cumprimento dos termos fixados em contrato. No entanto, houve uma forte oposição à proposta do governo por setores da sociedade, inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com críticas que iam do retrocesso da medida em termos de política criminal e direitos fundamentais à impossibilidade de delegação da função pública de execução da penal. Em virtude das divergências, a proposta do Ministério da Justiça foi arquivada.

Apesar do arquivamento da proposta, diversos Estados brasileiros implementaram a ideia de privatização do sistema penitenciário brasileiro, adotando o modelo misto francês. O Paraná foi o primeiro Estado a adotar esse modelo misto de gestão do sistema penitenciário, iniciando com a Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG), localizada no Município de Guarapuava, a 265 km de Curitiba, em novembro de 1999. Neste sistema, o presídio é administrado pelo governo estadual e os serviços de segurança interna, assistência médica, psicológica, jurídica e social, são prestados pelo ente privado. Adotou-se o sistema de serviços terceirizados, como alimentação, vestuário, assistência médica, jurídica, odontológica e vigilância, a cargo da Humanitas Administração Prisional S/C, subsidiária da empresa Pires Serviços de Segurança. E ao estado do Paraná fica a incumbência da tutela do estabelecimento prisional, da sua direção, segurança, controle e disciplina, especificamente a nomeação do diretor, vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionam a qualidade do trabalho da empresa contratada e tem por objeto zelar pelo cumprimento da Lei de Execução Penal.<sup>1453</sup> A

---

<sup>1453</sup> OSÓRIO, Fabio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643&p=1>>. Acesso em: 20 out. 2015.

experiência, considerada bem sucedida, fomentou a expansão do sistema para a Casa de Custódia de Curitiba, a Casa de Custódia de Londrina, as prisões de Piraquara e Foz do Iguaçu.<sup>1454</sup>

Com os bons resultados apresentados pela Penitenciária Industrial de Guarapuava, o estado do Paraná decidiu por expandir o modelo em outros cinco estabelecimentos penais: Casa de Custódia de Londrina, Casa de Custódia de Curitiba, Penitenciária Estadual de Piraquara, Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu e Penitenciária Industrial de Cascavel. Nestas unidades, chegou-se a ter 2.638 detentos, o que corresponde a quase 30% (trinta por cento) da população carcerária do Paraná.<sup>1455</sup>

Após a experiência Paranaense, outros oito Estados brasileiros privatizaram, em graus diferentes, o sistema penitenciário: Paraná, Ceará,<sup>1456</sup> Bahia, Amazonas, Santa Catarina, Pernambuco, Espírito Santo<sup>1457</sup> e Minas Gerais com 16 (dezesseis) unidades prisionais com aproximadamente 9.000 (nove mil) detentos sob a administração de empresa privada.

<sup>1454</sup> Entre 1999 e 2006, seis unidades prisionais do Paraná (Casas de Custódia de Curitiba e Londrina e Penitenciárias Estaduais de Piraquara, Guarapuava, Foz do Iguaçu e Cascavel) funcionário no regime misto de gestão dos sistemas penitenciários. Em algumas dessas penitenciárias, foram criados canteiros de trabalho, mantidos pelo Fundo Penitenciário do Estado do Paraná, no qual os presos poderiam trabalhar de forma a auxiliar na manutenção de familiares e no ressarcimento dos prejuízos que possam ter causado no cometimento dos crimes.

<sup>1455</sup> Acerca dessa experiência, Luiz Flávio Gomes afirmou que “temos duas experiências no país de terceirização, terceirizou-se apenas alguns setores, algumas tarefas. Essas experiências foram no Paraná e no Ceará, experiências muito positivas. Terceirizaram os serviços de segurança, alimentação, trabalho, etc. Há uma empresa cuidando da alimentação de todos, dando trabalho e remunerando nesses presídios, que possuem cerca de 250 presos cada um. O preso está se sentindo mais humano, está fazendo pecúlio, mandando para a família e então está se sentindo útil, humano. Óbvio que este é o caminho. Sou favorável à terceirização dos presídios. Em Colatina (ES), o Instituto Nacional de Administração de Penitenciária (INAP) administra a Penitenciária de Segurança Média de Colatina a um custo mensal de R\$ 598.000,00, pagos pelo Governo do Estado do Espírito Santo. Cada detento (sendo, ao todo, 268) ao ingressar na penitenciária recebe um kit contendo com roupas de verão e inverno, sapatos, meias, cuecas, aparelhos de barbear, sabão, sabonete, escova de dente e creme dental. Segundo o Deputado Estadual Cabo Elson, presidente da Comissão de Segurança da AL-ES, as condições dos presos nesta penitenciária são tão superiores às outras encontradas no país que “[v]ale a pena ficar preso aqui [na PSMCol]”. Disponível em <<http://www.datavenia.net/entrevistas/000112032002.htm>>. Acesso em: 28 out. 2015.

<sup>1456</sup> No Ceará, à época, havia 1.549 detentos nas empresas privadas, dos 11 mil detentos de todo Estado. O maior dos estabelecimentos cearenses com serviços terceirizados é a Penitenciária Industrial Regional do Cariri, cuja administração é da Companhia Nacional de Administração Presidiária (CONAP). O coordenador do sistema penitenciário cearense, Bento Laurindo, diz que os presídios privados são mais ágeis. “Se quebra uma torneira, eles trocam logo. Num presídio do Estado, tem de haver licitação e, quando a torneira chega, dez já estão quebradas. Em relação às outras unidades, elas estão muito avançadas.” Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76972-6009,00-PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>1457</sup> Segundo Fábio Ostermann, “os detentos da Penitenciária de Segurança Média de Colatina são, ainda, acompanhados diariamente por uma equipe de 131 funcionários, além da equipe do Governo que promove a fiscalização geral da penitenciária. Além disso, o espaço é monitorado 24 horas por dia por câmeras de vídeos e, segundo o Tenente Emídio José Venturim, diretor do presídio, os presos têm condições de eliminar a ociosidade trabalhando na fábrica de jeans e de pneus para carrinhos de mãos, instaladas por empresas privadas, dentro da penitenciária<sup>17</sup>. No Brasil, hoje, são 16 as instituições prisionais (entre penitenciárias, presídios e casas de custódia) com atividades terceirizadas a empresas privadas. Cinco empresas despontam no cenário nacional: INAP (Instituto Nacional de Administração Penitenciária), CONAP (Companhia Nacional de Administração Presidiária), Yumatã, Reviver e Montesinos.” OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. Revista Científica Dos Estudantes De Direito Da Ufrgs, Porto Alegre, v. 2, n. 1, maio

Por outro lado, em 2007, O juiz federal Marcus Vinícius Parente Rebouças, da 3ª vara federal da Justiça Federal do Ceará, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, determinou a suspensão do contrato firmado entre o Estado do Ceará e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. (CONAP), empresa responsável pela administração de três unidades prisionais do estado. Na decisão, o juiz federal afirma que a execução penal

Imiscui-se, ontologicamente, no rol das funções típicas do Estado, de forma que o seu exercício deve ser incumbido a órgãos ou entidades públicos, sendo indelegável ou intransferível a particulares, à semelhança das atribuições legislativas, jurisdicionais, diplomáticas, policiais, etc.

Portanto, toda a estrutura operacional do sistema penitenciário (recursos financeiros, humanos e materiais) deve ser prestada pelo Estado, não podendo delegar a nenhuma empresa privada qualquer tipo de serviço penitenciário.<sup>1458</sup>

Dessa forma, percebe-se que, como qualquer novidade, o tema possui diversas rejeições na doutrina e jurisprudência. Entretanto, é necessário analisar a questão de forma pragmática e dogmática, deixando de lado as lentes ideológicas que, muitas vezes, mais cegam do que clareiam.

---

2010. p. 26. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf](http://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2015.

<sup>1458</sup> Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/todas-noticias/535-justica-federal-suspende-contratos-terceirizados-em-presidios-do-ceara.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a discutir a desestadualização da função pública – e, por conseguinte, da tarefa pública – da segurança pública, com vistas à busca pela materialização de forma mais eficiente do direito fundamental da segurança. De todo modo, sem a pretensão de esgotar o tema – muito menos de ser a palavra final sobre a matéria, cabe destacar alguns pontos importantes a título de conclusão, especificamente os seguintes aspectos:

1. A segurança é um direito fundamental do cidadão, previsto pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, e diversas normas internacionais, tais como Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Ressalta-se que, conforme o disposto no art. 5º, parágrafo 2º, da CF/88 – e de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal –, os Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico pátrio com hierarquia infraconstitucional e supralegal, caso não observe o procedimento previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da CF/88. No caso de observar este rito, esses Tratados terão natureza jurídica de norma constitucional.
2. A segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, conforme o disposto no art. 144 da Constituição Federal Brasileira de 1988. A sua prestação é de responsabilidade de todos e dever do Estado, o qual exercerá através de diversos órgãos, especificamente a polícia federal; a polícia rodoviária federal; a polícia ferroviária federal; as polícias civis; as polícias militares e corpos de bombeiros militares.
3. Com a evolução do Estado e dos direitos fundamentais, há um aumento daquilo que entendemos por funções públicas. A busca pela eficiência na prestação destas funções, com vistas à concretização daqueles direitos, justifica, cada vez mais, o movimento de descentralização das tarefas relacionadas àquela função. Com isso, há uma desestadualização da função pública. Não obstante a importância do Estado na sua concretização, aos poucos a sociedade passa a atuar nessas funções e tarefas, com o objetivo de materializar os direitos fundamentais, não apenas de

forma mais eficiente como também mais democrática, vez que teríamos a própria sociedade na busca por solucionar e resolver suas próprias questões.

4. A Administração Pública tem natureza instrumental com vistas à concretização do interesse público. Não há monopólio de a administração pública buscar a concretização do interesse público de forma direta. Salvo as atividades que devem ser prestadas exclusivamente pelo Estado, a delegação das demais atividades para serem prestadas pelo particular/comunidade pode ser entendida como a concretização do princípio democrático, republicano e o princípio da eficiência.
5. A delegação da função pública ao particular deve obedecer alguns requisitos constitucionais: (a) princípio da legalidade: a delegação deve se efetuar por lei ou com base na lei, bem como obedecer ao ordenamento jurídico como um todo (princípio da juridicidade), tanto em seu aspecto formal quanto material; (b) princípio democrático: a delegação deve ter uma justificativa democrática (legitimidade), a qual deve ser observado tanto no título (competência) quanto no exercício e na eficiência da medida adotada; e (c) prossecução do interesse público: a delegação só será constitucional se tiver por finalidade a prossecução do interesse público.
6. Nem toda função ou atividade pode ser delegada, havendo, portanto, limites absolutos e relativos. (a) Os limites absolutos são a reserva estatal da função pública, mais especificamente as funções e atividades exclusivas do Estado. Ou seja, o poder do emprego da força (poder de autoridade e o poder de coerção) e as funções de soberania, a qual inclui a função jurisdicional. (b) os limites relativos são o juízo prévio e a ponderação. (b.1) o juízo prévio vai exigir justificação e fundamentação objetiva, de forma a demonstrar a viabilidade da delegação, como um meio adequado, necessário e proporcional para concretizar a finalidade pública; (b.2) a ponderação diz respeito ao meio escolhido ser o mais eficiente ou não para atingir a finalidade pública. Ou seja, deve ser buscado o ponto ótimo (ponderação entre os custos e benefícios envolvidos) e o atendimento ao interesse público.
7. Os critérios acima devem ser os definidores da discricionariedade do gestor na realização dessa delegação. Não estamos aqui a defender a delegação de tarefas



e/ou funções públicas aos particulares, mas apenas analisar as possibilidades jurídicas em que a sociedade, através de entidades privadas, pode participar e/ou contribuir com a Administração Pública na realização das suas tarefas e concretização dos direitos fundamentais. De todo modo, essa questão deve passar pelo crivo democrático e pela discricionariedade do gestor, observados os critérios e diretrizes acima elencados, bem como as vedações impostas pelo ordenamento jurídico.

8. Em relação à segurança pública, a discussão acerca da possibilidade de desestadualização da função pública se torna mais emblemática. Se, por um lado, a segurança pública é um monopólio (clássico) do Estado; por outro, é direito fundamental de cada cidadão a segurança - e, portanto, dever fundamental do Estado -, a proteção pessoal e do patrimônio, além de algo indispensável para o direito ao desenvolvimento e obtenção da paz na sociedade. Dessa forma, coube ao presente trabalho analisar se há a possibilidade do exercício da função de segurança por particulares, como isso ocorre, quais os espaços possíveis e se podemos ver a segurança privada como subsidiária e complementar à segurança pública.
9. A segurança pública é vista e colocada no rol das atividades exclusivas e, por conseguinte, indelegáveis do Estado. Entretanto, esta afirmação está atrelada, normalmente, à segurança pública no exercício da força do Estado. Devemos nos ater que a segurança pública, enquanto função pública estatal, é bem mais ampla do que o exercício da força, embora este seja a principal consequência e fase da sua atuação. Mas não podemos deixar de observar que a segurança pública, relacionada à ideia de manutenção da ordem pública, envolve a prevenção, fiscalização, inteligência, investigação, bem como cooperação internacional, além de ser um direito fundamental do cidadão e responsabilidade de todos.
10. O monopólio do uso da força tem por finalidade o uso da violência legítima com vistas à manutenção da ordem pública e realização do bem comum. É certo que o uso da força consiste na mais gravosa forma de intervenção do Estado na sociedade, sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. Por isso, essa atuação exige legitimação, de modo que deve ser mantido com entidades jurídicas de direito público, o qual está sob o regime jurídico de direito público. Em virtude

disto, há um limite constitucional absoluto de caráter objetivo à delegação geral do uso da força – ou, como afirma Paulo Otero, uma reserva constitucional a favor das autoridades públicas –, o que impede a delegação ampla de tarefas e/ou funções públicas aos particulares.

11. Por outro lado, não podemos deixar de observar que a tarefa pública da segurança é um dever fundamental do Estado, responsabilidade de todos e um direito fundamental do cidadão; além de a manutenção da ordem pública ser uma situação fática imprescindível para a realização do direito ao desenvolvimento e o direito a paz. Assim, o cidadão não pode estar totalmente a mercê, na dependência da prestação do serviço estatal; ainda mais quando historicamente e corriqueiramente o ente público não vem realizando o seu serviço de forma eficiente e piorando, a mais de uma década, em todos os indicadores mundiais sobre a matéria.
12. Defendemos, portanto, que há espaços, embora limitados, da realização da autodefesa bem como da contratação de empresas privadas de segurança para a atuação específica e limitada do serviço de segurança, de modo a atuar subsidiariamente e complementar à tarefa da segurança pública, de forma preventiva, tanto por uma coletividade de pessoas quanto para espaços públicos ou semi-públicos.
13. Ressalva-se que a prestação deficitária do serviço de segurança pública fez com que o Estado ativasse e aumentasse a responsabilidade privada. O Estado passa, cada vez mais, a abrir espaço a atividade privada não apenas na segurança, mas em quase todas as funções públicas, bem como passa a delegar indiretamente essas tarefas, tais como nos espaços públicos ou privados, condicionados ou limitados ao público e na atuação da entidade privada de controle de entrada, saída e permanência dos cidadãos e sua respectiva vigilância. Além disso, a próprio Administração Pública se torna, crescentemente, consumidora dos serviços da segurança privada.
14. Apesar disto, entendemos que não é permitida a delegação à segurança privada para a atuação de domínio da segurança pública, de forma geral. A autorização para entidades privadas atuarem preventivamente na defesa de uma certa ordem pública não inviabiliza o monopólio do uso da força pelo Estado, fortalece-o e

contribui na concretização dos direitos fundamentais, além de ser uma expressão do princípio democrático, vez que há uma auto participação da sociedade na resolução dos seus próprios problemas sociais, e solidificação do art. 144 da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, ao prever a segurança pública como responsabilidade de todos.

15. O princípio da complementariedade da segurança privada estar dentro do plano operativo da segurança, como autor secundário. Este princípio está positivado no Brasil no art. 7º da Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018 e no art. 1º da Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, de 10 de dezembro de 2012. Já em Portugal, sua positivação está no art. 4º, nº 1, do Decreto-Lei nº 276/93, Decreto-Lei nº 231/98, art. 1º, nº 2; na Lei nº 34/2013, em seu art. 1º, n. 2, bem como no Decreto-Lei nº 135/2014, em seu preâmbulo.
16. O princípio da subsidiariedade consiste na atuação privada, em caráter excepcional, no exercício da autotutela de direitos, com base no patrimônio próprio ou de terceiros e defesa da integridade física. A sua atuação deve ocorrer de forma limitada, razoável e proporcional. De outra forma, a segurança privada tem a possibilidade de exercer a tarefa de tutelar direitos próprios ou de terceiros, subsidiariamente à segurança pública, quando está for incapaz, ineficiente na sua atuação. Não obstante a possibilidade do exercício da segurança privada, esta é excepcional e deve estar limitada pela proporcionalidade, razoabilidade, além de estar estrita à sua finalidade.
17. Em Portugal, esse princípio está positivado pelo Decreto-Lei nº 282, de 5 de setembro de 1986, sendo abarcado, posteriormente, pelo Decreto-Lei nº 276/93, tanto em seu preâmbulo quanto no art. 4º, nº 1; e no Decreto-Lei nº 231/98, em seu preâmbulo e art. 1º, nº 2; na Lei nº 34/13, em seu art. 1º, nº 2, e art. 13º, nº 2. No Brasil, apesar de ele não estar positivado expressamente em normas constitucionais ou infraconstitucionais, entendemos ser uma decorrência e construção do princípio democrático, da participação, princípio da eficiência da Administração Pública e, por fim, da determinação da segurança pública ser dever do Estado e responsabilidade de todos, conforme previsão do art. 144 da CF/88.

18. Além destes princípios, a Lei nº 34/13, em seu art. 35º, dispõe o dever de colaboração entre a segurança privada e a segurança pública. O art. 35.º, 2, do Decreto-Lei nº 231/98 dispõe que, quando houver intervenção das forças de segurança em locais onde houver trabalhadores da segurança privada, estes podem ser utilizados no exercício da segurança pública.
19. Em relação aos regimes jurídicos aplicados quando da atuação da segurança privada, entendemos que deve haver as seguintes distinções: quando incidente em (a) espaço privado (ou público) aberto ao público, com entrada condicionada aos cidadãos para a realização de grandes eventos esportivos e serviço de segurança privada com vistas a atender a manutenção da ordem pública em favor de terceiros, sob a incidência do regime privado; (b) espaço privado aberto ao público, com entrada incondicionada e serviço de segurança privada com objetivo de atender interesses privados, em uma relação jurídica consumerista, sob a incidência do regime privado; (c) espaço privado na prestação de um serviço público, com serviço de segurança privada com vistas a atender o interesse de terceiros/cidadãos, regido pelo regime jurídico de direito público.
20. No primeiro caso, há a utilização de um espaço público ou privado, sob a organização de uma entidade privada, com o objetivo de realizar uma atividade privada. Nesta hipótese, há a contratação da segurança privada com fulcro de manter a ordem pública, em específico a proteção pessoal e/ou patrimonial de terceiros e dos usuários do serviço. Aqui, a segurança privada está adstrita ao regime jurídico de direito privado.
21. Neste caso, há uma espécie de privatização funcional imposta. Isso porque a legislação impõe deveres jurídicos de proteção a serem exercidos pelos particulares, de modo a possibilitar a diminuição da presença do poder pública nesta área. Embora a entidade privada esteja sob o regime jurídico de direito privado, o faz no exercício de tarefas, inicialmente, públicas, tal como o controle de atendimento dos requisitos estabelecidos por lei para o ingresso e manutenção no espetáculo.
22. De todo modo, há uma ativação das responsabilidades privadas, com a finalidade de contribuir com a criação/manutenção de um ambiente seguro e a prevenção da

prática de crimes. Não obstante a entidade privada atuar na esfera preventiva de operações de vigilância e controle, em situações excepcionais poderá atuar na prevenção criminal em sentido estrito, especificamente na prevenção reativa à lesão de bem jurídico e à prevenção dos efeitos negativos colaterais de lesão do bem jurídico. É a atuação da segurança privada de interesse público. Esta atuação deve ocorrer de forma subsidiária à atuação policial. Ademais, em relação à manutenção da ordem pública, a atuação da entidade privada de segurança legitima-se e limita-se pelo “*direito de todos*”, especificamente a legítima defesa de terceiros e flagrante delito.

23. Em relação à segunda hipótese, temos um espaço privado aberto ao público, com entrada incondicionada e serviço de segurança privada com objetivo de atender interesses privados, em uma relação jurídica consumerista, sob a incidência do regime privado. É o caso dos Shoppings. Nesta hipótese, vigora, inicialmente, o *Hausrecht*, de modo que o regramento não decorre *a priori* de lei ou ato normativo, mas das normas estipuladas pelo próprio proprietário.
24. No exercício do *Hausrecht*, o particular tem o poder de exercer o controle e a vigilância da sua propriedade. Ou seja, há normas internas ao estabelecimento, regras comportamentais, voltadas à finalidade desta localidade, que devem ser observadas pelos seus usuários e consumidores. A segurança interna tem a prerrogativa e o poder de fazer cumprir tais normas. Ressalta-se apenas que a utilização do poder coercitivo só é legítima na proteção do “*direito de todos*” e do direito de propriedade, e quando não houve tempo hábil para a convocação dos agentes públicos de segurança. Nas demais hipóteses, faz-se imprescindível a presença do agente público da segurança.
25. Apesar da linha tênue, esta situação diferencia-se da primeira hipótese, em virtude dela defender interesses privados dos condôminos e dos clientes, em regra de natureza patrimonial; nos grandes eventos esportivos, a segurança privada tem interesse público ao realizar a defesa dos cidadãos, com vistas a manter a ordem pública e a paz, frente à grande possibilidade (e histórico) de briga entre torcidas. E ainda: na situação dos shoppings, a atuação da segurança privada tem por objetivo o cumprimento do *Hausrecht*, enquanto na outra hipótese (dos grandes

eventos esportivos), ela tem como fulcro a obediência e cumprimento da lei e/ou ato administrativo autorizado por lei.

26. Quanto ao espaço privado e/ou público para a prestação do serviço público, quando a gestão deste ocorre por entidades privadas, faz-se imprescindível a segurança privada para a resolução de problemas diários enfrentados por aquela, como roubos, assédio sexual, furtos etc. Nesta hipótese, tal como abordado para os grandes eventos esportivos, entende-se que (a) para o ingresso na plataforma e/ou o estabelecimento em questão, há a possibilidade da delegação da tarefa de controle para a entidade privada, em virtude da ausência de coercibilidade e presença do consentimento prévia ou tácito do cidadão. (b) Quanto à vigilância coercitiva, internamente ao estabelecimento, faz-se imprescindível a sua realização por agentes públicos. Não obstante a isto, a segurança privada tem o poder de, excepcionalmente, manter a ordem público, sob o uso da força, para a proteção do direito de todos.
27. Quanto à autodefesa, esta é uma vertente (negativa) do direito fundamental à segurança e consiste em afastar injusta agressão, através de meios necessários e moderados. O fortalecimento da autodefesa em decorrência da ineficiência da Administração Pública no cumprimento do seu dever de prestação da segurança pública e manutenção da ordem pública consiste em uma privatização de fato (privatização implícita). Apesar disso, no Brasil, o Decreto nº 5.123/94, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, previa ampla discricionariedade na análise do conceito indeterminado “efetiva necessidade” para a concessão da posse de arma de fogo. Entretanto, na prática, havia a ampla negativa à posse de arma aos cidadãos. Em 2019, o Decreto nº 9.685 alterou o Decreto nº 5.123/94 para reduzir discricionariedade do Poder Executivo em situações específicas, de modo a vincular esse Poder à concessão da posse de arma de fogo nessa situação. Por outro lado, nas situações não especificadas no Decreto, prevalece a discricionariedade da Administração Pública na análise da situação fática com a subsunção ao ordenamento jurídico, com vistas a atender da melhor forma os direitos fundamentais e o interesse público.
28. A Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, prevê normas para a constituição e funcionamento da segurança privada em estabelecimentos financeiros. A lei obriga

aos estabelecimentos financeiros, em que haja a guarda de valores ou movimentação de numerários, a possuir um sistema de segurança, com parecer favorável, elaborado pelo Ministério da Justiça. Esta é uma hipótese de privatização funcional imposta, em que o Poder Público impõe deveres jurídicos de autoproteção aos particulares, em que a sua realização ocorre sob o regime jurídico de direito privado.

29. A despeito da estruturação dos órgãos da segurança pública na Administração Pública pelo art. 144 da Constituição Federal de 1988, fizemos a análise da segurança pública a partir da polícia judiciária e da polícia administrativa. A diferença entre ambas pode ser observada a partir de alguns pontos: o objetivo da polícia administrativa é a atuação fiscalizadora, preventiva à prática do ilícito administrativo – apesar de em alguns momentos atuar de forma repressiva, através dos atributos da exigibilidade e executoriedade do ato administrativo –, de modo a recair sobre bens, direitos e propriedades. Já a polícia judiciária tem por finalidade a preparação, formalização e maturação da pretensão punitiva do Estado. Isso implica na atuação *a posteriori* à prática do ilícito – apesar de poder iniciar durante a sua realização –, através da investigação, com vistas à preparação da ação penal. Assim, a sua atuação tem por finalidade o auxílio do Poder Judiciário; enquanto a polícia administrativa “esgota-se” em si própria, sem a necessidade de nenhum ato futuro.
30. O art. 144 da Constituição Federal dispõe que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos. A Constituição Federal prevê a segurança pública como dever (fundamental) do Estado, mas também como responsabilidade de toda sociedade, o qual pode ser interpretado como a participação da sociedade tanto na prestação efetiva desse serviço quanto nas políticas públicas referentes à matéria.
31. Em relação à função pública da polícia administrativa, entendemos pela possibilidade da privatização funcional em situações que não envolvam diretamente o uso da força. Essa situação pode ser observada quando a Administração contrata entidades privadas para a realização de vigilância, preventivamente, de espaços públicos ou abertos ao público.

32. Por outro lado, essa entidade não tem competência para a atuação coercitiva sobre terceiros. Entretanto, excepcionalmente, no exercício de flagrante delito e legítima defesa própria ou de terceiros, em que não haja tempo hábil de convocar agentes públicos de segurança, entende-se ser legítimo o uso da força.
33. Em relação à função pública da polícia judiciária, apesar de o Estado ter a exclusividade na condução da investigação criminal, vemos a possibilidade jurídica de atuação privada tanto na delegação de atividade técnica (material) indispensável ao deslinde da investigação criminal e na investigação privada, subsidiária da pública.
34. Em relação à atividade técnica (material), tal como o exame pericial (DNA etc.) forense, por ser de natureza estritamente metodológica, a ser exercida com base na ciência, a partir de critérios estabelecidos pela literatura da área, entendemos não haver vedação jurídica à sua delegação, salvo se já existir na Administração Pública agentes públicos suficientes, ocupando o cargo público para tal competência ou a proibição legal expressa, tal como o previsto pelo art. 4º do Decreto-Lei Português nº 282, de 5 de setembro de 1986. Esta seria uma hipótese de privatização funcional.
35. Quanto à investigação privada, esta tem dupla finalidade: (a) contribuir com a vítima na comprovação fática com vistas à justificação do ingresso da ação penal privada ou ação penal privada subsidiária da pública; (b) contribuir com a defesa do réu, através da indicação da força probatória no inquérito realizado pelo poder público e/ou na ação penal, com vista aos melhor deslinde do caso. Por isso, a investigação privada ocorre sob o regime jurídico de direito privado.
36. A investigação privada tem sua legitimidade no princípio do contraditório e ampla defesa, previsto no art. 5º, inc. LIV e LV, da CF/88, além da previsão da segurança pública ser responsabilidade de todos, conforme o disposto no art. 144 da CF/88. No Direito Internacional, há vasto e antigo tratamento dispensado à efetivação da ampla defesa, sob a ótica da garantia dos “meios e recursos a ela inerentes”. É o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica (1969), ou ainda o Estatuto



de Roma (1998). Na legislação interna o Código de Processo Penal de 1941 assegura a dinâmica da investigação defensiva em dispositivos como a *notícia criminis* (artigo 5º, parágrafo 3º, CPP) e a assistência à acusação (artigo 268, CPP) ou o pedido de busca e apreensão (artigo 242, CPP) pelo acusado/ofendido etc. Há ainda diversas outras normas, como a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011), a Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015, de 31 de dezembro de 1973), ou ainda a Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal 13.432, de 11 de abril de 2017).

37. Em relação ao sistema prisional, tem-se que a execução da pena, realizada no sistema penitenciário, possui natureza jurídica complexa: o Estado exerce a função jurisdicional, em razão de a execução da pena ser uma extensão/execução do processo penal, bem como realiza a função administrativa, fornecendo serviços que ampliar a esfera material de direitos dos presos e no exercício do poder disciplinar.
38. No sistema penitenciário, pode ser delegada a função administrativa, desde que a função pública não seja de emitir atos administrativos ou aplicação do uso direto da força. Em sentido contrário, todas as atividades instrumentais, técnicas e materiais ao bem funcionamento do sistema prisional, tais como a alimentação, assistência médica, odontológica, psicológica etc., bem como a própria construção do presídio podem ser delegadas aos particulares, desde que obedeçam aos requisitos constitucionais e legais. Está incluído dentro deste âmbito de atividades, inclusive, o gerenciamento do sistema de segurança interno do sistema prisional, como, por exemplo, o controle de câmaras de segurança.
39. A natureza jurídica do contrato de parceria pública privada, compatível com as características e requisitos demonstrados acima, é o de concessão administrativa, disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04.
40. Há ainda a possibilidade de realização de convênios entre o poder público e entidades privadas sem fins lucrativos, tal como a Associação de Proteção e Assistências do Condenado (APAC), para a gestão de presídios. Entretanto, tal como no modelo adotado acima, não se faz possível que a tarefa e função pública

do diretor e agentes penitenciários sejam ocupadas por particulares. Estas devem necessariamente serem ocupadas por agentes públicos.

41. Há ainda a privatização nas políticas públicas para segurança pública. Um exemplo importante são os convênios entre o público e o privado para a permissão do trabalho do preso, com a consequente remição da pena. Essa medida visar obter a ressocialização do preso e a inclusão desse grupo na sociedade, após o cumprimento da penalidade imposta pelo Estado e tem como base dois fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.
42. Por isso, entendemos pela constitucionalidade do Decreto nº 9.450/2018, em que prevê uma quantidade mínima de detentos e pessoas egressas do sistema prisional nas realizações de obras públicas

## ÍNDICE DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

### LEGISLAÇÃO

#### **Brasil**

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
Constituição Federal de 1946  
Constituição Federal de 1967  
Constituição Federal de 1969  
Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937  
Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992  
Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992  
Decreto nº 1.655, de 3 de outubro de 1995  
Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998  
Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002  
Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004  
Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007  
Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009  
Decreto nº 9.450, 24 de julho de 2018  
Decreto nº 9.507, 21 de setembro de 2018  
Decreto nº 9.685, de 16 de janeiro de 2019  
Decreto nº 88.777, de 30 de março de 1983  
Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967  
Decreto-Lei nº 300, de 28 de fevereiro de 1967  
Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)  
Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)  
Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942 (LINDB)  
Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)  
Decreto Legislativo nº 780, de 7 de julho de 2005  
Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998  
Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995  
Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995  
Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995  
Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995  
Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002  
Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998  
Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004  
Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965  
Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)  
Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos)  
Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S/A)  
Lei Federal nº 7.102, de 20 de junho de 1983  
Lei Federal nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal)  
Lei Federal nº 8.028, de 12 de abril de 1990  
Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990  
Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)  
Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992  
Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993  
Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995

Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997  
 Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro)  
 Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999  
 Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)  
 Lei Federal nº 10.671, de 15 de maio de 2003 (Estatuto do Torcedor)  
 Lei Federal nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003  
 Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004  
 Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011  
 Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação)  
 Lei Federal nº 12.830, de 20 de junho de 2013  
 Lei Federal nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014  
 Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)  
 Lei Federal nº 13.190, de 19 de novembro de 2015  
 Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016  
 Lei Federal nº 13.432, de 11 de abril de 2017  
 Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018  
 Lei Federal nº 13.675, de 11 de junho de 2018  
 Lei Municipal de Natal/RN nº 531, de 21 de março de 2018  
 Medida Provisória nº 2.161-35, de 23 de agosto de 2001

## **Portugal**

Constituição da República Portuguesa de 1976  
 Decreto-Lei nº 35, de 21 de fevereiro de 2004  
 Decreto-Lei nº 94, de 12 de abril de 2002  
 Decreto-Lei nº 101, de 16 de junho de 2008  
 Decreto-Lei nº 114, de 1º de julho de 2008  
 Decreto-Lei nº 135, de 8 de setembro de 2014  
 Decreto-Lei nº 138, de 23 de maio de 1994  
 Decreto-Lei nº 216, de 9 de outubro de 2012  
 Decreto-Lei nº 231, de 22 de julho de 1998  
 Decreto-Lei nº 276, de 10 de agosto de 1993  
 Decreto-Lei nº 282, de 5 de setembro de 1986  
 Lei nº 5, de 23 de fevereiro de 2006  
 Lei nº 34, de 16 de maio de 2013  
 Lei nº 38, de 8 de agosto de 2008  
 Lei nº 39, de 30 de julho de 2009  
 Lei nº 52, de 25 de julho de 2013  
 Lei nº 34, de 16 de maio de 2013

## **Espanha**

Constituição Espanhola de 1978

## **Alemanha**

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)  
 Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)

## **França**

Código Civil Francês

Lei nº 87/432, promulgada em 1987

### **Documentos Internacionais**

Carta das Nações Unidas, de 1945

Consenso de Washington, de 1989

Comentário Geral nº 12, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU

Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948

Declaração de Viena, de 1993

Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986

Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, de 1993

Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, de 1789

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948

Declaração Sobre o Direito dos Povos à Paz, de 12 de novembro de 1984

Estatuto de Roma, de 1998

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966

Protocolo de San Salvador

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU), de 1955 da ONU

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **Brasil**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AResp nº 522657. Julgamento em: 18 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 817534. Relator: Min. Mauro Campbell. Julgamento em: 10 nov. 2009. Publicação em: 10 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no AResp nº 549.125/PE. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Julgamento em: 26 maio 2015. Publicação em: 03 jun. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AResp nº 1.256.933/SP. Relator: Min. Lázaro Guimarães. Julgamento: 02 abr. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 10763. Relator: Min. Gilson Dipp. Publicação em: 07 jun. 2001

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 817534. Relator: Min. Mauro Campbell. Julgamento em: 10 nov. 2009. Publicação em: 10 dez. 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1.668-DF. Julgamento em: 20 ago. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 101.126-RJ. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em: 24 out. 1984. Publicado em: 01 mar. 1985

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. CJ nº 6.566-3-MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento em: 20 maio 1987

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF nº 46. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 05 ago. 2009. Publicação em: 26 fev. 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE nº 407.099. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 22 jun. 2004. Publicação em: 06 ago. 2004

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 760931. Relator(a): Min. Rosa Weber. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 26 abr. 2017. Publicação em: 12 set. 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação em: 27 ago. 2015
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. MS nº 32.123 AgR. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 24 fev. 2017. Publicação em 14 mar. 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. ARE nº 800.998 AgR. Voto do Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 19 abr. 2016. Publicação em: 4 maio 2016
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.552. Voto do Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 17 mar. 2016. Publicação em: 14 abr. 2016
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rcl nº 24.185 ED-AgR. Voto do Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 20 abr. 2017. Publicação em: 11 maio 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 803.297/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 6 mar. 2017. Publicação em: 10 mar. 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 760931. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento em: 30 mar. 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC nº 16/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 24 nov. 2010. Publicação em: 09 set. 2011
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1.717. Relator: Min. Sydney Sanches. Publicação em: 28 mar. 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 236. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 7 maio 1992. Publicação em: 1º jun. 2001
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.916. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 3 fev. 2010. Publicação em: 14 maio 2010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.827. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 16 set. 2010. Publicação em: 6 abr. 2011
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 101.300/SP. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 5 out. 2010. Publicação em: 18 nov. 2010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 466.343. Voto do Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 3 dez. 2008. Publicação em: 5 jun. 2009
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 95.967. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 11 nov. 2008. Publicação em: 28 nov. 2008
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 559.646 AgR. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 7 jun. 2011. Publicação em: 24 jun. 2011
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. ARE nº 654.823. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 12 nov. 2013. Publicação em: 5 dez. 2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.314. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 17 jun. 2015. Publicação em: 7 out. 2015
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 2.819. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 6 abr. 2005. Publicação em: 2 dez. 2005
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.827. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 16 set. 2010. Publicação em: 6 abr. 2011
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.182. Voto do Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 24 nov. 2005. Publicação em: 10 mar. 2006
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 236. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento em: 7 maio 1992. Publicação em: 1º jun. 2001
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593.727. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 14 maio 2015. Publicação em: 8 set. 2015

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 116.002. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 12 mar. 2014. Publicação em: 17 mar. 2014
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 89.837. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 20 out. 2009. Publicação em: 20 nov. 2009
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 132. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 30 abr. 2003. Publicação em: 30 maio 2003
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.916. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 3 fev. 2010. Publicação em: 14 maio 2010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.103. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 12 abr. 2018. Publicação em: 25 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 658570/MG. Relator original: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 6 ago. 2015
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5243 DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em: 11 abr. 2019
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593727/MG. Relator original: Min. Cezar Peluso. Relator para redação do acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 14 maio 2015
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 86606. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Publicação em: 22 maio 2007
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 88.190. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 29 ago. 2006. Publicação em: 6 out. 2006
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq nº 2.266. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 26 maio 2011. Publicação em: 13 mar. 2012
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 ago. 2015
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 641.320/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 11 maio 2016
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 580.252/MS. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em: 16 fev. 2017. Publicação em: 11 set. 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.170/DF. Relatora: Min. Rosa Weber
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Turma. HC nº 106790 /RO. Relator: Ítalo Mendes. Julgamento em: 18 abr. 2000. Publicação em: 09 mar. 2001

## **Colômbia**

- COLÔMBIA. Corte Constitucional. Expediente nº T-028/94. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-028-94.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2018

## **Portugal**

- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Plenário. Acórdão nº 479/1994. Relator: Cons. Monteiro Diniz. Julgamento em: 7 jul. 1994. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940479.html>>. Acesso em: 27 jun. 2019
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Plenário. Acórdão nº 583/1996. Relator: Cons. Ribeiro Mendes. Julgamento em: 16 abr. 1996. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960583.html>>. Acesso em: 27 jun. 2019

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ABRANTES, José João. Proteção dos Direitos Sociais e a Crise do Estado Social. In: CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 3., 2013, Maputo. **III Congresso De Direito de Língua Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2014.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AFONSO, João José Rodrigues. **A privatização de funções de segurança pública interna**: funções inalienáveis do estado de direito democrático e novo paradigma de descentralização do exercício de poderes de polícia. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (Estado e Constituição, Volume 4).

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALFONSO, Luciano Parejo. Introducción: el surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo. In: ALFONSO, Luciano Parejo; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ÁLVAREZ, Luis Ortega. **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Cynthia Ract de. Diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública externa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, a. 25, n. 99, jul./set. 1991.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

AMARAL, Diego Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. (Vol. I).

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997. (Vol. I).

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. (Vol. I, 5. Reimp, vol. 2).

\_\_\_\_\_. Apreciação da dissertação de doutoramento do Lic. J. M. Sérvulo Correia: legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, vol. 29, 1988.



AMORIM, João Pacheco. **Direito Administrativo da Economia**. Coimbra: Almedina, 2014. (Vol. I: Introdução e Constituição Econômica).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 366-367.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Coimbra Editora: Coimbra, 1993. (Vol. V).

\_\_\_\_\_. **Lições de Direito Administrativo**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289-290.

\_\_\_\_\_. Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: RT, 1995.

ARÉVALO, M. F. Clavero. Consecuencias de la Concepción de Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal. In: **Estudios de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1992.

ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem Pública e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 09-46. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603159.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Concurso Público e o Processo Administrativo. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BANCO MUNDIAL. **Um Ajuste Justo**: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. **El Derecho Civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones**. Madrid: Civitas, 1996.

BARATA, José Fernando Nunes. **Autoridade**. in DJAP, I, 2a ed., Lisboa, 1990, (Vol. I).

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2008.

BARCELOS, Dawison Moreira. Nova hipótese de dispensa de licitação (Art. 24, XXXV) – Lei nº 13.500/17. **O Licitante**, 2017. Disponível em: <<http://www.olicitante.com.br/dispensa-licitacao-nova-xxxv-13500/>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2008

\_\_\_\_\_. A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição e Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, fev. 2005.

BASTOS, Celso A.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAYLEY, David H.; e CLIFFORD D., Shearing. **The New Structure of Policing: Description, Conceptualization, and Research Agenda**. Monograph. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, NCJ 187083, July 2001

BEDÊ, Rodrigo. O detetive particular x intimidade x investigação criminal. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/449545924/o-detetive-particular-x-intimidade-x-investigacao-criminal>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e Políticas Públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas Públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNARD, Paul. **La Notion D'ordre Public en Droit Administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Santos; ESTEVES, Pires; PINHO, Cândido. **Código do Procedimento Administrativo**: anotado, comentado, jurisprudência. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **O Conselho de Reforma do Estado**. Brasília: MARE, 1977. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, nº 8). Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2019.

BRITO, Miguel Nogueira. Sobre a distinção entre direito público e o direito privado. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. I).

\_\_\_\_\_. **Direito de Polícia**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. I. Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009

BRUNET, Amadeu Recasens i. **La Seguridad y sus políticas**. Barcelona: Atelier, 2007

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULHÕES, Gabriel. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 304, abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BURREN, Van Buuren; e BOER, Den . **A Report on the Ethical Issues Raised by the Increasing Role of Private Security Professionals in Security Analysis and Provision**. 2012

BUTTON, Mark. **Private Policing**. Cullompton: Willan, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A polêmica sobre a investigação defensiva. **Jus**, fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71912/a-polemica-sobre-a-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. (Tomo I).

\_\_\_\_\_. **Manuel de Direito Administrativo**. 3 ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1951.

CALDAS JÚNIOR, José Tércio Fagundes. **Fórum Brasileiro da Segurança Pública**. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/content/pol%C3%ADcia-administrativa-ou-preventiva-e-pol%C3%ADcia-judici%C3%A1ria-ou-repressiva>>. Acesso em: 22 set. 2018

CÂMARA, Jacintho Arruda. Entes Estatais: o Lucro é incompatível com a Missão Social? In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos dos direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de Cargos Públicos no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: RT, 1984.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CÂMARA, Paulo Sette. Defesa Social e Segurança Pública. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Coord.). **A Violência multifacetada**: estudos sobre a violência e a segurança pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Cartilha Projeto Novos Rumos na Execução Penal, TJMG- 3ª Vice-Presidência, maio de 2009. Conceito. In: **Revista do Direito Penal e Criminologia**, v. 34, Rio de Janeiro: Forense, junho/dezembro.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Priscila Almeida. **Privatização dos Presídios**: Problema ou solução? Disponível em: <<http://www.webartigos.com/>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado Mínimo x Estado Máximo: O dilema. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 12, dez./fev. 2008.

\_\_\_\_\_. As Agências Reguladoras e o Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. A Terceirização no setor público: encontro e desencontros. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CASTRO, José Nilo de. Princípio constitucional da legalidade. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 8, n. 24, p. 11-19, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/5610/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CASTRO, Márcio Sampaio. Será que o crime pode compensar? **Valor Econômico**, São Paulo, out. 2006.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. **Science administrative**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Privatização Penitenciária e Trabalho do Preso**. Pelotas: EDUCAT, 2000.

CLEMENTE, Pedro José Lopes. O Paradigma da Polícia Privada. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (Coord.). **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Legislação oferece vantagens a quem emprega a mão de obra de detentos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79863-legislacao-oferece-vantagens-a-quem-emprega-a-mao-de-obra-de-detentos>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Novo Diagnóstico De Pessoas Presas No Brasil. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CORDERO, Silvia del Saz. La Huida Del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos Y Criticas. **Revista de Administración Pública**, n. 133, jan./abr. 1994.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Noções de Direito Administrativo**. Lisboa: Danúbio, 1982. (Vol. I).

\_\_\_\_\_. **Polícia**. In: José Pedro Fernandes (Diretor), Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VI, 1994.

COSTA, José António Vilhena Pereira da. A Privatização dos Serviços de Polícia Administrativa. In: MIRANDA, Jorge. (Reg.). **Estudos de Direito de Polícia: Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. (Vol. 2).

COUTINHO, Luis Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. **Revista Direito e Política**, n. 1, out./dez., 2012.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como compromissos. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 3, p. 86-98, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 15 maio 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

D'AGOSTINI, Caroline Trevisol; RECKZIEGEL, Roque Soares. O Método APAC e a Humanização do Sistema Penitenciário Brasileiro. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, a. 16, v. 95, p. 09-32. dez. 2016. Bimestral.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 5, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 5, 1994.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. **Revista Forense Comemorativa - 100 anos: Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, v. 1, 2005.

DANTAS, Ivo. **Da Defesa do estado e das instituições democráticas na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Deveres Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Org.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

DONAHUE, John D. **Privatização**: fins públicos, meios privados. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e Segurança**: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. A deslegalização e o poder normativo das agências reguladoras. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 26, jul./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras e a democracia participativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 100, v. 913, nov. 2011.

\_\_\_\_\_. O processo democrático na produção normativa das agências reguladoras: da discricionariedade técnica à vinculação social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 101, v. 922, ago. 2012.

\_\_\_\_\_. As Agências reguladoras e o procedimento normativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Vol. VI).

\_\_\_\_\_. O princípio da proporcionalidade como limite à discricionariedade administrativa. **Revista Jurídica Eletrônica**, n. 6, a. XII, jul. 2009, Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. A legitimidade do Estado Regulador brasileiro: uma análise democrática. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 43, a. 11, jan./mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Serviço postal: serviço público ou atividade econômica? **Âmbito Jurídico**, São Paulo, v. 68, p. 1-15, 2009.

\_\_\_\_\_. O problema da legitimidade nas sociedades complexas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 19, ed. 74, jan./mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Os princípios na ordem econômica da Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 21, n. 4838, set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51897>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **A Parceria Público-Privada (PPP) No Sistema Prisional**. Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios na Ordem Econômica da Constituição Federal**. Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

\_\_\_\_\_. **A Titularidade De Direitos Fundamentais Pelas Pessoas Jurídicas De Direito Público**. Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Sociais Na Economia Globalizada**. Relatório apresentado no Curso de Doutorado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, em 2015.

\_\_\_\_\_. BORGES, Raiane Mousinho Fernandes. Contratação temporária: análise de pressupostos e questões controversas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2182, jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13027>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do welfare state: a urgência de um novo pacto. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

DUTRA, Domingos. **Relatório final da CPI do Sistema carcerário**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/sistemaprisional/CPIsistemacarcerario.pdf/view>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. (Vol. I).

ESCOLA, Héctor Jorge. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança Pública**: Fundamentos Jurídicos Para Uma Abordagem Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. (Vol. 2).

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Administração Pública – terceirização - atividades-meio. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 8, n. 83, jan. 2008.

\_\_\_\_\_. A terceirização no serviço público. **L&C - Revista de Licitações e Contratos**, v. 3, jan. 2000.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. **Polícia y Sociedad**, Madrid, 1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, set./nov. 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/revistaRERE-19-setembro-2009-regina\\_nery.pdf](http://www.direitodoestado.com.br/revistaRERE-19-setembro-2009-regina_nery.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2013.

FERRAZ, Luciano. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a terceirização de mão de obra no serviço público. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 1, n. 2, abr. 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. **APAC**: sistematização de processos. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 2, a. 1, abr. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12727>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito da Segurança Pública**: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010.

FIORINI, Bartolomé. A. **Poder de Polícia**. Buenos Aires: Alfa, 1957.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. 8. ed. Barcelona: Labor, 1933.

FONSECA, Isabel Celeste Monteiro da. **Direito da Organização Administrativa**: roteiro prático. Coimbra: Almedina, 2012.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal. Direito comparado dá razão ao Ministério Público. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2005. Disponível em <[http://www.jfse.jus.br/noticiasbusca/noticias\\_2005/setembro/invest\\_crim.html](http://www.jfse.jus.br/noticiasbusca/noticias_2005/setembro/invest_crim.html)>. Acesso em: 22 out. 2018.

FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria di. As Terceirizações e as Contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração Pública**: Estudos em homenagens ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção Tópicos).

FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. (Vol. 56).

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. A Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 12 maio 2018.

FRANCO, Antônio L. Sousa. Nota sobre o princípio da liberdade econômica. **Separata do Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 355, 1986.

FREIRE, Moema Dutra. **Acesso à Justiça e Prevenção à violência**: Reflexões a partir do projeto Justiça Comunitária. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto

de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=475](http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=475)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

FREITAS, Daniela Bandeira de. **A Fragmentação Administrativa do Estado**: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. **Direito Administrativo das Privatizações**. In: Tratado de Direito Administrativo Especial. Vol. VII, Coord: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2017.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

\_\_\_\_\_. **Free to choose**: a personal statement. Londres: Penguin books, 1979.

\_\_\_\_\_. FRIEDMAN, Rose D. **Free to Choose**: A Personal Statement. Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovich, 1990.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Flávio Amaral. A Relatividade da distinção Atividade-fim e Atividade-meio na Terceirização aplicada à Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 24, out./dez. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-outubro-2010-FLAVIO-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade do Poder Público Municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 30, n. 117, jan./mar. 1993.

GERÔNIMO, Gislene Donizetti. **Segurança Pública**. Dever do Estado. Garantia do Exercício da Cidadania. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1028/1/Gislene%20Donizetti%20Geronimo.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

GILL, Martins; HART, Jerry. Private investigators in Britain and America: Perspectives on the impact of popular culture. **Policing: An International Journal of Police Strategies & Management**, v. 20, 1997.

GILLESPIE, Nick. **Swift Justice for Private Prisons**. Disponível em <<http://www.reason.com/news/show/34407.html>>. Acesso em: 18 out. 2015.

GIOSA, Lívio A. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1994.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego Público de Regime Privado: A Laboralização da Função Pública**. Fórum: Belo Horizonte, 2017.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas**. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções públicas**. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. Regulação administrativa e contrato. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. (Vol. 2).

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. (Tomo 1: Parte General).

\_\_\_\_\_. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5º Ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

\_\_\_\_\_. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 6, mai./jul. 2006.

\_\_\_\_\_. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Atividades estatais indelegáveis. **Revista de Direito Público e Economia**, Belo Horizonte, a. 11, n. 42, abr./jun. 2013.

GWARTNEY, James D.; STROUP, Richard L. **O que todos deveriam saber sobre economia e prosperidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: IL, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Volume 2).

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**: a l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.

HAUSER, Eliana E. **A Pena e o Sistema Penal**: algumas considerações sobre sua legitimidade. Ijuí: Unijuí, 1997.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HIRECHE, Gamil Föppel El. Regulamentação da investigação defensiva: nem tudo que reluz é ouro. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril, 1974.

HOFFMANN, Henrique. Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/academia-policia-investigacao-exclusivamente-criminal-atribuicao-policia-judiciaria>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 04 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. NICOLITT, André. Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 04 fev. 2019.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2009.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Los Limites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2002.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. ¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado? **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, n. 1733, 1995. Disponível em: <[www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)>. Acesso em: 17 maio 2018.

\_\_\_\_\_. El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 94, 1997.

INIESTA, Ignacio Borrajo. El Intento de Huir del Derecho Administrativo. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 78, 1993.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: BdeF, 2005.

JOSLIN, Erica Barbosa; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Os contratos na perspectiva humanista do direito: o nascimento de uma nova Teoria Geral dos Contratos. **Revista Jurídica Cesumar**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2010. Disponível em: <[www.cesumar.br/pesquisa/periodicos](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

JUAN, Andrés Morey. **La Función Pública**: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación. Madrid: INAP, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Coimbra: Textos Filosóficos, 2014.

KATES, Don B.; MAUSER, Gary. Would Banning Firearms Reduce Murder And Suicide? A Review Of International And Some Domestic Evidence. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 30, n. 2, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KLOCH, Henrique. **O sistema prisional e os direitos da personalidade dos apenados com fins de (res)socialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

KUNTZ, Rolf. **Os Direitos Sociais em Xequê**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/kuntzdireitossociais.pdf>>. Acesso em: 15 jan 2015.

L'APICCIRELLA, Carlos Fernando Priolli. Segurança Pública. **Revista Eletrônica de Ciências**, São Carlos, n. 20, out. 2010. Disponível em: <[http://cdcc.usp.br/ciencia/artigos/art\\_20/seguranca.html](http://cdcc.usp.br/ciencia/artigos/art_20/seguranca.html)>. Acesso em: 26 out. 2016.

LAZZARINI, Álvaro. A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 115, jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LAZZARINI, Álvaro. Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça. In: CRETELLA JÚNIOR, José. (Coord.). **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade: mitos e fatos**. São Paulo: Instituto Liberal, 2001.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1988, e 19, de 04.06.1988**. São Paulo: RT, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. **Direito, Mercado e Função Social**. Revista da Ajuris, v. 103, p. 197, 2006.

MAFFIODO, Salvador Villagra. **Princípios de Decrecho Administrativo**. Asunción: El Toro, 1981.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. **B. Cient**, Brasília, a. 4, n.16, jul./set. 2005.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov/dez./jan. 2005, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/floriano-de-azevedo-marques-neto/limites-a-abrangencia-e-a-intensidade-da-regulacao-estatal>>. Acesso em: 18 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **As Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **A concessão como instituto do direito administrativo**. 2013. Tese. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARQUES NETO, Silvio. Do condenado e do Internado. In: SILVA, Jane Ribeiro. (Org.). **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012.

MARRARA, Thiago. Competência, Delegação e Avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 28, out./dez. 2011. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-28-OUTUBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf). Acesso em: 20 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. O exercício do poder de polícia por particulares. **Gen Jurídico**, 2018. Disponível em: [www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/](http://www.genjuridico.com.br/2018/02/08/o-exercicio-do-poder-de-policia-por-particulares/). Acesso em: 10 jan. 2019.

MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. **A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais: A posição do Tribunal Constitucional Português**. Santiago de Compostela, 2014. (XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

\_\_\_\_\_. A Proteção da Dignidade Humana no Tratado de Lisboa. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. (Volume III).

MARTINS, Sérgio Mazina. Problemas dos sistemas penitenciários brasileiros em face das redes e organizações criminosas. **Direito e Cidadania**, São Paulo, a. 6, n. 20/21, maio/dez. 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS, Luís Salgado. Segurança. **Dicionário de filosofia moral e política**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <http://www.ifl.pt/main/Portals/0/dic/seguranca.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 169-195, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33298>. Acesso em: 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **O novo Estado Regulador brasileiro: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.



MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006.

\_\_\_\_\_. **Elementos do Direito Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MAYER, Otto. **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 60-61. (Volume III).

\_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo Alemán**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. (Tomo I).

\_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1950. (Tomo II).

MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepção e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Policia de Manutenção da Ordem Pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José. (Coord.). **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. In: **Curso de Direito Administrativo, obra coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 16 jul. 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. (Vol. I).

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 21, fev./abr. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em: 2 jan. 2013.

MELO, Rui César. O papel da polícia militar na segurança pública e as garantias fundamentais dos indivíduos. In: MORAES, Bismar B. et al. **Segurança Pública e Direitos Individuais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Fabiano. **Agências Reguladoras**: A Regulação Econômica na Atual Ordem Constitucional Brasileira. Natal, 2015. (não tem editora)

MENDONÇA, José Vicente Santos. Estatais com poder de polícia: por que não? **Revista de Direito Administrativo**, v. 252, 2009.

MERKL, Adolf. Teoria General del Derecho Administrativo. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1935.

MINHOTO, Laurindo Dias. As Prisões de Mercado. **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 55-56, 2002.

\_\_\_\_\_. **Privatização de Presídios e Criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MIRANDA, João. **A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares**. Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. (Tomo IV: Direitos Fundamentais).

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1995. (Tomo II).

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. (Tomo I).

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011.

MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra, 2007.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Notas de Introdução ao Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 28 jul. 2018.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas e constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MONCADA, Luís Cabral de. Direito público e eficácia. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra, 2001.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: teoria da constituição em tempos de crise do estado social. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 567. (Tomo II, Vol. 2).

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - o Caso Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=264>>.

\_\_\_\_\_. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. O Novo Papel do Estado na Economia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 1-20, jul. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43325>>. Acesso em: 15 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo da Segurança Pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José. (Coord.). **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORENO, Fernando Sainz. El Ejercicio Privado De Funciones Públicas. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 100-102, 1983.

MOURA, Paulo Veiga e. **Função Pública**: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Privatização da Função Pública**. Coimbra: Coimbra, 2004.

MOURA, Viviane Braga de. **As Parcerias Público-Privadas no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/Monografia\\_Viviane%20Braga%20de%20Moura.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/275/Monografia_Viviane%20Braga%20de%20Moura.pdf?sequence=1)>. Acesso em 20 jul. 2015.

NABAIS, Jose Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 15 maio 2019.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Esmafe**, n. 11, dez. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Elisa Rangel. O imaginário dos direitos sociais e do estado de bem-estar social. In: CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 3., 2013, Maputo. **III Congresso De Direito de Língua Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2014

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Ana Sofia S. de. Políticas de Segurança e Políticas de Segurança Pública: da teoria a prática. In: ILANUD. (Org.). **Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança**. São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, António Cândido. **Direito das Autarquias Locais**. Coimbra: Coimbra, 2014.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. (Org.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores Públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

OSÓRIO, Fabio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643&p=1>>. Acesso em: 20 out. 2015.

OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. **Revista Científica Dos Estudantes De Direito Da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, maio 2010. p. 25. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf](http://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2015.

OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: 35.º ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1976. **35.º Aniversário da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4. **Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública - IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009. (Vol. I).

\_\_\_\_\_. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo**: Enquadramento Dogmático-Constitucional. Lisboa: Lex, 1995. (Vol. I e II).

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. 2. ed. São Paulo, Cidade Nova, 2001.

\_\_\_\_\_. **Vamos matar o criminoso?** método APAC. São Paulo: Paulinas, 2001.

PALOMAR, Eugenio Artetxe; ZIGORRAGA, Iñaki Agirreazkuenaga. Síntesis en matéria de orden y seguridad. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 61, set./dez. 2001. Disponível em: <www6.euskadi.nr>. Acesso em: 12 jan. 2019.

PAREJO, Luciano; DROMI, Roberto. **Seguridad Pública y Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

PASTOR, Santamaría. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 160-161. (Volume I).

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. Revisor Técnico Carlos de Ari Sundfeld. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PAZ, José Carlos Laguna de. La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 136, 1995.

PERALVA, Angelina. **Violência e democracia**: o paradoxo brasileiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a Reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

PEREIRA, Rui; ARAÚJO, António. A Atividade de Segurança Privada e os Seus Limites. In: SEMINÁRIO DE SEGURANÇA PRIVADA, 1., 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direitos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Participação da comunidade em órgãos da administração pública. **Revista de Direito Sanitário**, v. 1, n. 1, nov. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Do Regime Jurídico da Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Vol. Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo).

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. O Controle do Arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos no Século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre de Gusmão, 2002. (Parte I).

PINTO, Carlos Mota. **O Direito Público da Economia**. Coimbra: Coimbra, 1980.

PIOVESAN, Flavia. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios dos Sistemas Global, Regional e Sul-Americano. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra, 2012. (Volume III).

PLACHA, Gabriel. **A atividade regulatória do Estado**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=46474](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=46474)>. Acesso em: 12 jun. 2019.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova Iorque: Aspen, 2011.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**: Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. O setor público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. (Vol. I).

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **A Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. A terceirização em matéria de poder de polícia: o caso das vistorias veiculares. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Regulação financeira, direito e democracia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultura, 1987. (Os pensadores).

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Dimensões do princípio do ne bis in idem**. 2012. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SACHS, Ignacy. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

SANTOS, André Luiz dos; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (Coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. (Vol. I).

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

\_\_\_\_\_. **Parcerias Público-Privadas e Justiça: uma análise comparada de diferentes experiências**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2007.



SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de Serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. Brasília: Saraiva, 2014.

SANTOS, Luiz Carlos Rezende e. Da assistência – Os Artigos 10 e 11 da LEP: O Método APAC e seus Doze Elementos. In: SILVA, Jane Ribeiro. (Org.). **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012.

SANTOS, Richard Harrison Chagas dos. **Relatório anual**. Penitenciária Industrial de Joinville (Jocemar Cesconeto). Joinville, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilística**, a. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 18 maio 2019.

SAVAS, E. S. **Privatização**: a chave para um governo melhor. Rio de Janeiro: Nórdica, 1987.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoria General del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SEGAL, Geoffrey. **Frequently Asked Questions About Prison Privatization**. Disponível em <[http://www.reason.org/corrections/faq\\_private\\_prisons.shtml#faq12](http://www.reason.org/corrections/faq_private_prisons.shtml#faq12)>. Acesso em: 28 out. 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 16, dez./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 26 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional**: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 1963. (Vol. IV).

\_\_\_\_\_. **Vocabulário jurídico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Jorge da. **Segurança Pública e Polícia**: criminologia crítica aplicada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Criminologia Crítica**: segurança e polícia. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização de presídios**: uma ressocialização perversa. (In)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Segurança Pública no Brasil e na Itália**: arquivos da Polícia Civil. São Paulo: Arte Gráfica, 2011.

\_\_\_\_\_. **Comentários Contextuais à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Leandro Novais e. A análise econômica do direito e a vertente welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54857>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

SMITH, Adam. **Lectures on Justice, Police, Revenue, and Arms**: delivered in the University of Glasgow by Adam Smith, reported by a student in 1763. Oxford: Clarendon Press, 1896.

\_\_\_\_\_. **A riqueza das nações**. São Paulo: Abril, 1983. (Vol. 1).

SOLA, Lourdes. Reforma do Estado para qual democracia? o lugar da política. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública**: necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Lisboa: Dom Quixote, 2006. (Tomo I: Introdução e Princípios Fundamentais).

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Terceirização na Administração Pública e as cooperativas. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 1, jan. 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo das Concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SOUZA, Celita Oliveira. **Mudanças na Terceirização**. Brasília: Ideal, 2007.

SPARROW, Malcolm K. **Managing the Boundary Between Public and Private Policing**. In: New Perspectives in Policing. September. 2014. Harvard: National Institute of Justice.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: a grande desilusão**. Lisboa: Terramar, 2002.

STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, fev. 1993.

\_\_\_\_\_. O arcabouço normativo das Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Revista do TCU**, Brasília, a. 36, n. 104, abr./jun. 2005.

SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e Reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, v. 27, 1952.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. As novas relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMAS, Charles. Correctional Privatization: Past, Present, and Future. In: TABARROK, Alexander. (Org.). **Changing the Guard: Private Prisons and the Control of Crime**. Oakland: The Independent Institute, 2003

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURINHO, Rita. A Atuação do Ministério Público no combate à terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 13, fev./abr. 2008. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 13 dez. 2018.

TREVIJANO, Ernesto García. **Síntesis artículo 103**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Segurança: Um Tópico Jurídico em Reconstrução**. Lisboa: Âncora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito Policial**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico da Investigação Criminal: Comentado e Anotado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Madrid: Aguilar, 1980.

VIEIRA, Alessandro Daros; NASCIMENTO, Andrea dos Santos; CARDOSO, José Antônio. O Controle Social e as Novas Concepções Sobre a Polícia. **Revista Preleção**, Vitória, a. 7, n. 12, dez. 2013.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, mar./abr. 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. **Soberania do Estado e Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. (Vol. II).

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977.

WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições?. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 18 e ss.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. (Vol. 1).

XAVIER, Laécio Noronha. Políticas Públicas de segurança urbana. **Diário do Nordeste**, 17 fev. 2007. Disponível em: <[www.diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=407829](http://www.diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=407829)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de polícia em ação**. Salvador: JusPodivm, 2014.

ZIGORRAGA, Iñaki Agirreazkuenaga. Perfiles y problemática de la seguridad en el ordinamiento jurídico español. **Revista de Administración Pública**, n. 118, 1989.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.